

شرح
فتح القدير
تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
شم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على
الطهارة: شرح بداية المبدي
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه

- ١ - شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود الباقري المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المقي الشهير بسعدى طلي وبسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

ويليه

تكملة شرح فتح القدير المسماة : نتائج الأفكار في كشف الرموز والأمرار لشمس الدين أحمد المعروف
بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

الجزء السابع

شركة مكتبة وطلعة مطبعي الباقري والهاشمي ولادة بمصر
محمد محمود الهاشمي وشركاه - خلفاء

الطبعة الأولى

١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م

حقوق الطبع محفوظة للناسخ

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ

(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(باب الربا)

قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون إذا بيع بجنسه متفاضلا)

(باب الربا)

هو من البيوع المنهية قطعاً بقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا - بسبب زيادة فيه ، فتناسيته بالمراعاة أن في كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه منهيّة ، والحل هو الأصل في الأشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه ، والربا بكسر الراء المهملة وفتحها خطأ (قوله الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه) وفي علة من النسخ : الربا محرم في كل مكيل إلى آخره ، وفي كثير منها زيادة متفاضلا الربا يقال لنفس الزائد ، ومنه ظاهر قوله

(باب الربا)

لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها بقوله تعالى - وابتغوا من فضل الله - شرع في بيان أنواع بيوع نهى الشارع عن مباشرتها بقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافا مضاعفة - فإن النهي يعقب الأمر ، وهذا لأن المقصود من كتاب البيوع بيان الحلال الذي هو بيع شرعاً والحرام الذي هو الربا ، ولهذا لما قيل لمحمد ألا تصنف شيئاً في الزهد ؟ قال قد صنفت كتاب البيوع ، ومواده بينت فيه ما يحل ويحرم ، وليس الزهد إلا الاجتناب من الحرام والرضا في الحلال : والربا في اللغة هو الزيادة ، من ربا المال : أي زاد ، وينسب فيقال ربوى بكسر الراء ، ومنه الأشياء الربوية ، وفتح الراء خطأ ذكره في المغرب : وفي الاصطلاح : هو الفضل الخالي عن العوض المشروط في البيع . قال (الربا محرم في كل مكيل أو موزون) أي حكم الربا وهو حرمة الفضل والنسيئة

(باب الربا)

(قوله لما فرغ من ذكر أبواب البيوع التي أمر الشارع بمباشرتها) أقول : لا يقال البيع القاسم من جملة تلك الأبواب وليس بما أمر الشارع بمباشرته لأن كون أكثر الأبواب مأموراً بالمباشرة يكفي لفرضه (قوله عن العوض المشروط) أقول : صفة العوض تنقل كل تعريف السخاقي في المكاتب بقوله : الربا هو الفضل المنتحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرك فيه تدبر ، وبذلك عرف المصنف في هذه الصحيفة . قال المصنف (الربا محرم في كل مكيل) أقول : في أكثر النسخ الربا في كل مكيل أو موزون بيع بجنسه ، ومقتضى حكم الربا وهو ثبوت الحرمة ثابت أو داخل أو جاز أو مستقر في كل مكيل .

فالعلة عندنا الكيل مع الجنس والوزن مع الجنس . قال رضي الله عنه : ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل في الأصل في الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام «الخنطة بالخنطة مثلا بمثل يدا بيد» ، والفضل ربا ، وعد الأشياء الستة : الخنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال . ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب مثلاً . ومعنى الأول بيع التمر ، ومعنى الثاني بيعوا التمر .

تعلى - لا تأكلوا الربا - أي الزائد في القرض والسلف على المدفوع والزائد في بيع الأموال الربوية عند بيع بعضها بجنسه ، وسند كرتفصيلها . ويقال لنفس الزيادة : أعنى بالمعنى المصدرى ، ومنه - وأحل الله البيع وحرم الربا - أي حرم أن يزداد في القرض والسلف على القدر المدفوع وأن يزداد في بيع تلك الأموال بجنسها قدرها ليس مثله في الآخر لأنه حينئذ فعل والحكم يتعلق به ، ولا شلش أن في قوله الربا في كل مكيل الأول بغير لفظ محرم لا يراد كل منها لأنه كذب على إسقاط لفظ متضاضاً ، أو لافائدة فيه بتقدير إثباتها فكان المراد حكم الربا وهو الحرمة ، أما على استعمال الربا في حرمة فيكون لفظ الربا مجازاً ، أو على حذفه وإرادته فيكون من مجاز الحذف والربا مراد به الزيادة مبتدأ والمجرور خبره : أي حرمة الزيادة ثابتة في كل مكيل . ثم قوله (فاعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) مرتباً بالفاء لما عرف أن الحكم المرتب على مشتق يوجب كون مبدئ الاشتقاق علته . ولما رتب الحكم على المكيل والموزون مع الجنس نزع عليه أن العلة الكيل مع الجنس (و) قد (يقال) بدل الكيل والوزن (القدر وهو أشمل) وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح ، إذ يشمل العدة والذرع وليس من أموال الربا : أي علة تحريم الزيادة كونه مكيفاً مع اتحاد البليين في الجنس فهي علة مركبة (والأصل في الحديث المشهور)

جاز في كل ما يكال أو يوزن إذا بيع بمكيل أو موزون من جنسه (فاعلة) أي لوجوب المماثلة هو (الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس) قال المصنف (ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل) لأنه يتناولهما وليس كل واحد منهما بانفراد يتناول الآخر (والأصل في الحديث المشهور) الذي تلقته العلماء بالقبول (وهو قوله صلى الله عليه وسلم : الخنطة بالخنطة مثلاً بمثل يدا بيد والفضل ربا) وعد الأشياء الستة الخنطة والشعير والتمر والملح والذهب والفضة على هذا المثال ومداره على عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وأبي سعيد الخدري ومعاوية بن أبي سفيان رضي الله عنهم . وروى بروايتين بالرفع مثل بمثل وبالنصب مثل بمثل . ومعنى الأول بيع الخنطة حذف المضاف وأقيم المضاف إليه مقامه وأعرب بإعرابه ومثل خبره ، ومعنى الثاني بيعوا التمر مثلاً بمثل ، والمراد بالمماثلة المماثلة من حيث الكيل بدليل ما روى وكذا يكيل ، وكذلك في الموزون وزناً بوزن ، فيكون المراد به ما يدخل تحت الكيل والوزن لا ما ينطلق عليه اسم الخنطة ، فإن بيع حبة من حنطة بحبة منها لا يجوز لعدم التقويم مع صدق الاسم عليه ، ويخرج منه المماثلة من حيث الجودة والرداءة بدليل حديث عبادة بن الصامت «جدها وردئها سواء» . وكلام رسول الله صلى الله عليه وسلم يفسر بعضه بعضاً ، فإن قيل : تقدير بيعوا يوجب البيع وهو مباح . أجيب بأن الوجوب مصروف إلى الصفة كقولك مت وأنت شهيد ، وليس المراد الأمر بالموت ولكن بالكون على صفة الشهادة إذا مات ، وكذلك المراد الأمر بكون البيع على صفة المماثلة (قوله يدا بيد) المراد به عندنا عين بعين : وعند الشافعي قبض بقبض (قوله والفضل ربا) الفضل من حيث الكيل حرام عندنا وعنده فضل ذات أحدهما على

(قال المصنف : وهو أشمل) أقول : وقال ابن الحام : لكنه يشمل الملووع والعدد وليس من أموال الربا انتهى . ويمكن أن يقال : الألف واللام في القدر العهد ، والمراد الكيل والوزن (قوله ومعنى الثاني بيعوا التمر) أقول : كان الظاهر بيعوا الخنطة (قوله وكذلك في الموزون الخ) أقول : أي كذلك المراد بالمماثلة في الموزون المماثلة من حيث الوزن بدليل وزناً بوزن حذف قوله بدليل لدلالة سياق الكلام على تقديره .

والحكم معلوم بإجماع القائلين لكن العلة عندنا ما ذكرناه . وعند الشافعي رحمه الله : الطعم في الأطعمة ^(٩١) والجنسية شرط ، والمساواة مخلص . والأصل هو الحرمة عنده لأب نص على شرطين التقاض والمساواة

أخرج الستة إلا البخاري عن عبادة بن الصامت قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب » والقضة بالقضة والبر بالبر والشعر بالشعر والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثلا سواء بسواء يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد » وأخرج مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مثله سواء » وزاد بعد قوله « يدا بيد » ، فن زاد أو استزاد فقد أربى » وأخرج مسلم أيضا من حديث أبي سعيد مثله وزاد بعد قوله « فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه » وليس فيه ذكر الذهب والفضة ، والتقدير في هذه الروايات بيعوا مثلا بمثل ، وأما رواية مثلا بالرفع في رواية محمد بن الحسن : حدثنا أبو حنيفة عن عطية العوفي عن أبي سعيد الخدري عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد » والفضل ربا والفضة بالقضة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربا » وهكذا قال إلى آخر الستة ، وكذا ما روى محمد في كتاب الصرف بإسناده إلى عبادة بن الصامت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « الذهب بالذهب مثل بمثل يدا بيد هكذا » إلى آخر الأشياء الستة ، وذكر التمر بعد الملح آخر : وفي رواية أبي داود عن عبادة بن الصامت « الذهب بالذهب تبره وعينه والقضة بالقضة تبرها وعينها » إلى أن قال : « ولا بأس ببيع الذهب بالقضة والقضة أكثرهما يدا بيد » وأما النسبة فلا . انتهى . ومعلوم أن الجواز في بيع الذهب بالقضة والبر بالشعر لا يقتصر على زيادة القضة والشعر ، بل لو كان الزائد الذهب والبر جاز ، ولكن ذلك محمول على ما هو المعتاد من تفضيل الذهب على الفضة والبر على الشعر (قوله والحكم) يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية (معلول بإجماع القائلين) أي القائلين بوجوب القياس عند شرطه ، بخلاف الظاهرية ، وكذا عثمان البني فإن عندهم حكم الربا مقتصر على الأشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها . أما الظاهرية فأنهم ينفون القياس ، وأما عثمان البني فأنه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر له هنا ولأنه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله « خمس من الفواسق قلنا » تعليق الحكم بالمشتق كالطعام في قوله « ولا تتبعوا الصاع بالصاعين » كما سيأتي عند الشافعي دليل ، وسنقيم عليه الدليل . وأما إبطال العدد فهو بناء على اعتبار مفهوم المخالفة وهو ممنوع ، ولو سلم فالقياس مقدم عليه باتفاق القائلين به ، والإبطال الممنوع هو الإبطال بالنقص ، أما بالزيادة بالعلة فلا ، ونخصيص هذه الستة بالذكر لأن عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها ، ومن نقل عنه قصر حكم الربا على الستة ابن عقيل من الحنابلة ، وهو أيضا متأثر عن قتادة وطاوس ، قيل فانحزم قوله بإجماع القائلين (قوله لكن العلة عندنا ما ذكرناه) يعني القدر والجنس فتعد اجتماعهما يحرم التفاضل والنساء ، وبأندهما مفردا يحرم النساء وبمثل التفاضل كما سيأتي (وعند الشافعي الطعم في الأطعمة) والثنية في الأثمان والجنسية شرط والمساواة مخلص (من الحرمة) وهي (أعنى الحرمة) (الأصل) وعند مالك العلة

الآخر حرام (والحكم معلول بإجماع القائلين) احتراز عن قول داود من المتأخرين وعثمان البني من المتقدمين إن الحكم مقصور على الأشياء الستة ، والنص غير معلول (لكن العلة عندنا ما ذكرناه) من القدر والجنس (وعند الشافعي الطعم في الأطعمة والثنية في الأثمان والجنسية شرط) ليعمل العلة عملها حتى لا تعمل العلة المذكورة عنده إلا عند وجود الجنسية ، وحيث لا يكون لها أثر في تحريم النساء ، فلو أسلم هرويا في هروى جاز عنده وعندنا لم يجوز لوجود أحد وصفي العلة ، وسيأتي (والمساواة مخلص) يتخلص بها عن الحرمة لأنه : أي الشارع

(قوله وحيث لا يكون لها أثر في تحريم النساء) أقول : ضمير لما راجع إلى قوله والجنسية شرط الخ .

وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح ، فيعمل بعله تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقاء الإنسان به والثنية لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها ، ولا أثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطاً والحكم قد يدور مع الشرط . ولنا أنه أوجب للمائلة شرطاً في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقاً لمعنى البيع ، إذ هو ينبي عن التقابل وذلك بالتقابل .

الاحتيايات والادخار ، فكل ما يقتات ويلخر فهو ربا وما لا فلا ، لأنه صلى الله عليه وسلم خص البر وما ذكر معه ليفيد بكل معنى ظاهراً فيه ، فبه بالبر على مقتات نعم الحاجة إليه وتقوم الأبدان به ، والشعير يشاركه فيه مع كونه علماً وقوتاً لبعض الناس عند الاضطراب فيلحق به الذرة ونحوها ، وبه بالقرء على كل حلاوة تلخر غالباً كالصل والسكر والزبيب ، وباللح على أن ما أصلح المقتات من المأكولات فهو في حكمها فيلحق الأباذير وما في معناها ، والذهب والفضة معللان بعله قاصرة عندهم وهي كونها قيم الأشياء وأصول الأثمان . وقال الشافعي في التديم : العلة الطعم مع الكيل أو الوزن ، وفي الجدي : هي الطعم فقط في الأربعة والثنية في التقنين ، ومنهم من يجعلها عينها والتعدى إلى القلوس الرائجة وجه . والصحيح أنه لا ربا فيها لانتهاء الثنية الغالبة وهو قول أحد في رواية ، والجنسية شرط عمل العلة وعن هذا لم يجعل الجنس بانفراده يحرم نساء ، وعلى الجديد يحرم الربا في الماء . وجه قوله صلى الله عليه وسلم « الطعام بالطعام مثلاً بمثل » رواه مسلم ، والطعام مشتق من الطعم فكان مبدأ الاشتقاق علة ، وروى « لا يتبعوا الطعام » إلى آخره . فأفاد أن الحرمة أصل والمساواة غلص منها ، إذ لو اقتصر على قوله « لا يتبعوا » لم يجز بيع أحدهما بالآخر مطلقاً ، فالتم تثبت المساواة كانت الحرمة ثابتة لأنها هي الأصل فامتنع بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والقرع بالقرعتين والجوزة بالجوزتين والبيضة بالبيضتين والتعليل بالقرع يقتضى تخصيص هذا النص ، إذ يجوز الحفنة بالحفنتين ، وهذا الطريق يفيد أنها علة منصوبة ، ولو أخذنا في استنباط جلته أداناً إلى هذه العلة أيضاً ، ووجهه أنه نص على شرطى التقابض والتقابل وهذا الاشتراط (يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح) فوجب تعليقه بعله توجب العزة والخطر ، وفي الطعم ذلك لتعلق بقاء النفوس به والثنية التي بها يتوصل إلى تحصيل العروض التي بها حصول المقاصد الأصلية من بقاء النفس وغيرها من حصول الشهوات (ولا أثر للجنسية) والقدر (في ذلك) أى في إظهار العزة والخطر (فجعلناه شرطاً ، والحكم قد يدور مع الشرط) كالرجم مع الإحصان (ولنا أنه) أى النص المشهور (أوجب التقابل شرطاً للبيع) وإيجاب المائلة (هو المقصود بسوق الحديث) إذ لا بد فيه من إضمار لفظ يتبعوا حيث انتصب مثلاً : أى يتبعوا هذه الأشياء مثلاً بمثل ،

نص على شرطين التقابض والمائلة لأنه قال « يدا بيد مثلاً بمثل » منصوبان على الحال والأحوال شروط ، وهذا في رواية النصب ، وفي رواية الرفع يقال معناه على النصب إلا أنه عدل إلى الرفع للدلالة على الثبوت (وكل ذلك) أى كل من الشرطين (يشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح) فإذا كان عزيزاً خطيراً (يعمل بعله تناسب إظهار الخطر والعزة وهو الطعم) في المطعومات لبقاء الإنسان به ، والثنية في الأثمان لبقاء الأموال التي هي مناط المصالح بها ولا أثر للجنسية في ذلك (أى في إظهار الخطر والعزة) فجعلناه شرطاً (والحاصل أن العلة إنما تعرف بالتأثير ، وللطعم والثنية أثر كما ذكرناه وليس للجنسية أثر ، لكن العلة لا تكمل إلا عند وجود الجنس فكان شرطاً لأن الحكم يدور مع الشرط وجوداً عنده لا وجوباً به) ولنا أن الحديث أوجب المائلة شرطاً في البيع بقوله مثلاً بمثل لما مر أنه حال بمعنى مثلاً ، والأحوال شروط (و) وجوب المائلة (هو المقصود بسوق الحديث) لأحد معان ثلاثة (لتحقيق معنى البيع فإنه ينبي عن التقابل) وهو ظاهر لكونه مبادلة والتقابل يحصل بالتقابل ، لأنه لو كان

أوصاية لأموال الناس عن التوى، أو تنميا للفائدة باتصال التسليم به، ثم يلزم عند فوته حرمة الربا والمائلة بين الشيتين باعتبار الصورة والمعنى، والميعار يسوى الذات، والجنسية تسوى المعنى

وبهذا تبين أن الإباحة في بيع الأموال الربوية بعضها ببعض هي الأصل، وقوله ولا تدينوا الطعام الحديث إنما ينصرف النهى إلى ما بعد إلا نحو ما جاء زيد إلا راكبا، وحاصله الأمر بالتسوية عند بيعها، ولا شك أن في إيجاب المائلة تحقيقا لمعنى البيع المنهى عن التقابل إذا كان عقد معاوضة فاستدعى شيئين كما أن المائلة تستدعى شيئين وكذا تحقيق معناه بالتأمل فإن كلا منهما مساو للآخر في كونه مستدعى العقد فسوى بينهما في المائلة عند اتحاد الجنس في القدر ليمعنى البيع (أو) أوجب المائلة (صيانة لأموال الناس عن التوى) فإنه إذا قوبل بتجنسه قابل كل جزء كل جزء، فإذا كان فضل في أحدهما صار ذلك الفضل تاويا على مالكة، فلقصد صيانة أموال الناس عن التوى أوجب المائلة، بخلاف ما إذا قوبل المال بغير جنسه فإنه لا يتحقق فيه جزء لم يقابل بجزء من الآخر فلا يتحقق التوى إلا عند المقابلة بالجنس مع تحقق الفضل في إحدى الجهتين، ثم من تنمى التماثل المساواة في التقابض فإن للحال مزية على المؤخر فإيجاب التقابض أيضا لذلك وبه ظهر قصد المبالغة في الصيانة عن التفاوت حفظا عليهم أموالهم (والمائلة بين الشيتين) تمامها (باعتبار الصورة والمعنى والميعار يسوى الذات) أى الصورة (والجنسية تسوى المعنى)

أحدهما أنقص من الآخر لم يحصل التقابل من كل وجه (أو صيانة لأموال الناس عن التوى) لأن أحد البديلين إذا كان أنقص من الآخر كان التبادل مضيعا لفضل ما فيه الفضل (أو تنميا للفائدة باتصال التسليم به) أى بالمائل : يعنى أن في التقدين لكونهما لا يتعينان بالتحين شرطت المائلة قبضا بعد مائلة كل منهما للآخر لتسليم فائدة العقد وهويوت الملك، وفيه نظر لأنه خارج عن المقصود، إذ المقصود بيان وجوب المائلة بين العوضين قدرا لا بيان المائلة من حيث القبض، والأولى أن يقال : لو لم يكن أحد العوضين مماثلا للآخر لم تتم الفائدة بالقبض، لأنه إذا كان أحدهما أنقص يكون نفعا في حق أحد المتعاقدين وضرا في حق الآخر، وإذا كان مثالا للآخر يكون نفعا في حقهما فتكون الفائدة أتم بعد القبض لكونه نفعا في حقهما جميعا، ولقائل أن يقول : هذه الأوجه الثلاثة المذكورة لا شترط التماثل مما يجب تحقيقه في سائر البياعات لأنها لا تنفك عن التقابل وصيانة الأموال الناس عن التوى وتنمى الفائدة مما يجب فيجب التماثل في الجميع فلا تتخلف العلة عن المعلول، والجواب أن موجها في الربا هو النص، والوجه المذكورة حكمته لا علته ليعتبر التخلف، وإذا ثبت اشتراط المائلة لزم عند فواته حرمة الربا لأن المشروط ينتفى عند انتفاء شرطه، ولقائل أن يقول : إنما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل إن لم توجد الواسطة بين الحل والحرمة، وهو ممنوع لأن الكراهة واسطة بين الحل والحرمة. ويمكن أن يجاب عنه بأن المراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو بمعنى الكراهة. فعند انتفاء الحل يثبت الحرام لغيره وقد قررناه في التقرير على وجه أتم فليطلب ثمة (قوله والمائلة بين الشيتين) بيان عليا القدر والجنس لوجوب المائلة بين الشيتين وذلك لأن المائلة بين الشيتين (باعتبار الصورة والمعنى) وهو واضح (والميعار يسوى الذات) أى الصورة (والجنسية تسوى المعنى)

(قوله ولقائل أن يقول : إلى قوله : لأنها لا تنفك عن التقابل) أقول : فيه بحث، فإنه إذا لم يتعد الجنس لا يظهر انتفاء التقابل والتوى بانتفاء تنمى الفائدة (قوله ولقائل أن يقول : إنما تلزم حرمة الربا عند فوات شرط الحل) أقول : إذا كان مراعاة شرط الحل واجبا حل ما يدل عليه الحديث فذلك الواجب حرام لا مكروه (قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن أفراد بالحرمة ما هو حرام لغيره وهو معنى الكراهة) أقول : فيه بحث، فإن الحرام ما ثبت بدليل قطعي، والمكروه هو الثابت بغير كالفرض والواجب، لا يرى إلى مقابلة البيع المكروه بالقبض فيما سبق.

فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا ، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه . ولا يعتبر الوصف لأنه لا يبعد تفاوتاً عرفاً ، أو لأن في اعتباره سد باب البياعات ، أو لقوله عليه الصلاة والسلام « جيدها و رديتها سواء » والطعم والثنية من أعظم وجوه المنافع ، والسبيل في مثلها الإطلاق بأبلغ الوجوه لشدة الاحتياج إليها دون التضيق فيه فلا معتبر بما ذكره ،

فيظهر بذلك الفضل فيتحقق الربا ، لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أى في العقد ، وعلمت أن الخلط في المعاوضة لا يصحق لإعند المقابلة بالجنس فلزم ما قلنا من الكيل أو الوزن مع الجنس (ولم يعتبر) في إثبات المائلة عدم تفاوت (الوصف) إما (لأنه لا يبعد تفاوتاً عرفاً) وفيه نظر (أولاً) في اعتباره سد باب البياعات (وهو الوجه لأنه قلما يخلو عوضان من جنس عن تفاوت مّا فلم يعتبر . وقوله صلى الله عليه وسلم « جيدها و رديتها سواء » إن صح فيه ، وإلا فهو مفاد من حديث بيع التمر بالخبث والإجماع عليه ، وعله إهداره ماذكرنا ، وعند تأمل هذا الكلام يبادر أن المتناظرين لم يتواردا على محل واحد ، فإن الشافعي وكذا مالك عینوا العلة بمعنى الباعث على شرع الحكم ، وهؤلاء عینوا العلة بمعنى المعروف للحكم ، فإن الكيل يعرف المائلة فيعرف الجواز وعندها فيعرف الحرمة . فالوجه أن يتحد المحل وذلك يجعلها الطعم والاعتبات إلى آخر ما ذكرنا عندنا . وعندنا هي قصد صيانة أموال الناس وحفظها عليهم ، وظهور هذا القصد من إيجاب المائلة في المقدار والتقابض أظهر من أن يخفى على من له أدنى لب فضل عن فقيه . وأما الطعم فما يكون التعليل به من فساد الوضع لأن الطعم مما تشتهد الحاجة إليه اشتداداً تاماً (والسبيل في مثل ذلك الإطلاق بأبلغ الوجوه دون التضيق) فإن السنة الإلهية جرت في حق جنس الإنسان أن ما كانت الحاجة إليه أكثر كان إطلاق الشرع فيه أوسع كالماء والكلام للذواب ، فإن قال : دل الترتيب على المشتق عليه ، قلنا : ذلك بشرط كونه صالحاً مناسباً للحكم على أننا نمنع

فإن كيلاً من بر يساوى كيلاً من در من حيث القدر والصورة لا من حيث المعنى ، وكذلك قفيز حنطة بقفيز شعير يتساويان صورة لا معنى . ولتأمل أن يقول : قد تبين أن المائلة شرط لجواز البيع في الربويات ، وعلمتموها بالقدر والجنس فكان ذلك تعليلاً لإثبات الشرط وذلك باطل : والجواب أن التعليل للشرط لا يجوز لإثباته ابتداءً ، وأما بطريق التعدي من أصل فيجوز عند جمهور الأصوليين وهو اختيار الإمام المحقق فخر الإسلام وصاحب الميزان وما نحن فيه كذلك ، لأن النص أوجب المائلة في الأشياء الستة شرطاً فأثبتناه في غيرها تعدياً فكان جائزاً ، فإذا ثبت وجوب المائلة شرطاً وهي بالكيل والجنس (يظهر الفضل على ذلك ، فيصحق الربا لأن الربا هو الفضل المستحق لأحد المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه) أى في العقد . قال (ولا يعتبر الوصف) يجوز أن يكون جواب سؤال تقريره أن المائلة كما تكون بالقدر والجنس تكون بالوصف ، وتقريب الجواب : ولا يعتبر الوصف لأنه لا يبعد تفاوتاً عرفاً ، فإن استوت الذاتان صورة ومعنى تساوى في المالية ، والفضل من حيث الجوده ساقط العبارة في المكيلات لأن الناس لا يعلون ذلك إلا من باب اليسير ، وفيه نظر لأنه لو كان كذلك لما تفاضلا في القيمة في العرف (أو لأن في اعتباره سد باب البياعات) لأن الحنطة لا تكون مثلاً للحنطة من كل وجه ، والمراد البياعات في الربويات لا مطلق البياعات لأن في اعتبار الجوده في الربويات ليس سد باب مطلق البياعات (أو لقوله صلى الله عليه وسلم « جيدها و رديتها سواء ») قال (والطعم والثنية) جواب عن جعله

(قوله ولتأمل أن يقول : قد تبين أن المائلة ، إلى قوله : بالقدر والجنس الخ) أقول : فيه بحث ، فإن للمال هو وجوب المائلة لا نفسها .

إذا ثبت هذا نقول إذا: بيع المكيل أو الموزون بمنزله مثلا بمثل جاز البيع فيه لوجوب شرط الجواز ، وهو المماثلة في الميعار ، ألا ترى إلى ما يروى مكان قوله ، مثلا بمثل كيلا بكييل ، وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن (وإن تفاضلا لم يجز) لتحقق الربا ولا يجوز بيع الجيد بالردىء مما فيه الربا إلا مثلا بمثل) لإهدار التفاوت في الوصف (ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين) لأن المساواة بالميعار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل ،

أن الطعام مشتق بل هو اسم لبعض الأعيان الخاصة وهو البر والشعير لا يعرف المخاطبون بهذا الخطاب غيره بل التمر وهو غالب ما كوله لا يسمونه طعاما ولا يفهمونه من لفظ الطعام ؛ ألا ترى أن مالكا فيما قلنا أجاز التصرف في كل مبيع قبل القبض سوى الطعام ، قال : لأنه صلى الله عليه وسلم خصه بالذكر ولم يرد كل ما يؤكل أو يشرب من البقل والماء والطين الأرمني ، وهو صحيح لولا دليل آخرعه . وإلحاقه بالبضع فيه خلل لأن البضع مصون شرعا وعرفا وعادة عن الابتذال والإباحة فكان الاشتراط من تحقيق غرض الصيانة ، بخلاف باقي الأموال فإن أصلها الإباحة ، ويوجد كثير منها مباحا حتى الذهب والفضة ، وإنما لزم فيها العقد بعد تعلق حق إنسان به دفعا لمفسدة التغلب فوضعها على ضد وضع البضع من الابتذال والامتنان دفعا للحوائج الأصلية فلإلحاقها به غير صحيح ، إلا أنهم لما حصروا المقر في الكيل والوزن أجازوا بيع ما لا يدخل تحت الكيل بمجازة . فأجازوا بيع التفاحة بالتفاحتين والحفنة من البر بحفنتين لعدم وجود الميعار المعروف للمساواة فلم يتحقق الفضل ، ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الإلتلاف لا بالمثل ، وهذا في غير الجوز من العددي المتقارب . أما فيه فكلام فخر الإسلام أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العلوان ، وكذا التمرة بالتمر لا في حكم الربا ، لأن الجوزة ليست مثلا للجوزة لعدم دليل المماثلة ولوجود التفاوت ، إلا أن الناس أهدروا التفاوت فقبل في حقهم وهو ضمان العلوان فأما في حق الشرع وهو وجوب التسوية فلا . ومن فروع ضمان ما دون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعنت عنده ضمن قيمتها ، فإن أبي إلا أن يأخذ عنها أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها . وعند الشافعي لما كانت الطعم حرم الحفنة والتفاحة بشتين وقالوا مادون نصف صاع في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه ، فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لاعتبر التفاضل بها ، وهذا إذا لم يبلغ أحد البديلين نصف صاع ، ، فإن بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة . وفي جمع التصاريق قيل : لا رواية في الحفنة بقبض واللّب بالجوز ، والصحيح ثبوت الربا ، ولا يسكن الخطر إلى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد إلى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين ، أما إن كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع القدرح وثمان القدرح المصري فلا شك ، وكون الشرع لم يقدر بعض

الطعم والتمنية علة للحزمة : وتقديره أن ذلك فاسد لأههما يقتضيان خلاف ما أضيف إليهما لأنهما لما كانا من أعظم وجوه المنافع كان السبيل فيه الإطلاقات لقلة الحاجة دون التضييق ؛ ألا ترى أن الحاجة إذا اشتدت أثرت في إباحة الحرام حالة الاضطراب فكيف تؤثر حرمة المباح ، بل سنة الله سجت في التوسيع فيما كثر إليه الاحتياج كالغذاء والماء وعلف الدواب وغير ذلك ، وعلى هذا فالأصل في هذه الأموال جواز البيع بشرط المساواة والفساد لوجود المفسد ، فلا تكون المساواة مغلصا عن الحرمة (وإذا ثبت ما ذكرنا من تقرير الأصل من الجانبين نقول : إذا بيع للمكيل أو الموزون بمنزله مثلا بمثل) أي كيلا بكييل أو وزنا بوزن (جاز البيع) لوجود المقضى وهو المبادلة الموهودة في العقود مع وجود شرطه وهو المماثلة في الميعار كما ورد في المروى ، وإن تفاضلا لم يجز لتحقق الربا بانتفاء الشرط ، والجوزة ساقطة فلا يجوز بيع الجيد بالردىء إلا مثلا . قال (ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين) أي

ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الإلتلاف . وعند الشافعي رحمه الله العلة هي الطعم ولا مخلص وهو المساواة فيحرم . وما دون نصف الصاع فهو في حكم الحفنة لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه . ولو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعموم يجنسه متفاضلا كالجنس والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس . وعنده يجوز لعدم الطعم والثنية . قال (وإذا علم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه حل التفاضل والنساء) لعدم العلة المحرمة والأصل فيه الإباحة . وإذا وجدا

المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم إهدار التفاوت المتيقن . بل لا يلح بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم إهداره ، ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا . وروى المولى عن محمد أنه كره الترة بالثنتين وقال : كل شيء حرم في الكثير فالقليل منه حرام (و) يفرع على الخلاف مالمو تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعموم يجنسه متفاضلا كالجنس والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر (والجنس) مع التفاضل على ما قررناه للصيانة (وعنده يجوز لعدم الطعم والثنية) هذا ولكن يلزم على التعليل بالصيانة أن لا يجوز بيع عبد بعبدين وبغير بيعيرين . وجوازه يجمع عليه إذا كان حالا . فإن قيل : الصيانة حكمة فتناط بالمعرف لها وهو الكيل والوزن . قلنا : إنما يجب ذلك عند خفاء الحكمة وعدم انضباطها ، وصون المال ظاهر متضبط . فإن المائلة وعلمها محسوس وبذلك تعلم الصيانة وعدمها ، غير أن المذهب ضبط هذه الحكمة بالكيل والوزن فتاديا عن تقضه بالعبد بعبدين وثوب هروى بهروين . وفي الأسرار : ما دون الحبة من الذهب والفضة لاقية له (قوله) وإذا علم الوصفان الجنس والمعنى المضموم إليه (وهو القدر (حل التفاضل والنساء) كبيع الحنطة بالدرهم أو الثوب الهروى بهروين إلى أجل والحوز بالببيض إلى أجل (لعدم العلة المحرمة) وعدم العلة وإن كان لا يوجب عدم الحكم ، لكن إذا انحلت العلة لزم من علمها العلم لا بمعنى أنها تؤثر العلم بل لا يثبت الوجود لعدم علة الوجود فيبقى عدم الحكم وهو المحرمة فيأخى فيه على علمه الأصلي ، وإذا علم سبب المحرمة (والأصل في البيع) مطلقا (الإباحة) إلا ما أخرجه دليل من أصنافه كان الثابت الحل (وإذا وجدا) أى الجنس والمعنى المضموم إليه

أى وما يترتب على الأصل المذكور جواز بيع الحفنة بالحفتين والتفاحة بالتفاحتين ، لأن عدم الجواز يتحقق الفضل وتحقق الفضل يظهر بعدم وجود المساواة والمساواة بالكيل ، ولا كيل في الحفنة والحفتين فتنتفى المائلة فينتفى بتحقيق الفضل . واستوضح ذلك بقوله (ولهذا) أى ولأن الحفنة والحفتين لم تتدخل تحت المعيار الشرعى ولهذا (كان مضمونا بالقيمة عند الإلتلاف) لا مثلهما ، فلو بقيت مكيلا أو موزونة لوجب مثلهما فإن المكيلات والموزونات كلها من ذوات الأمثال دون القيم . وعند الشافعي رضى الله عنه لا يجوز لأن علة المحرمة وهو الطعم وقد وجدت والمخلص المساواة ولم توجد . وعلى هذا لا يجوز عنده بيع حفنة بحفنة وتفاحة بتفاحة لوجود الطعم وعدم المساواة ، وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة ؛ فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها وهما لم يبلغا حد نصف الصاع جاز البيع عندنا لأنه لا تقدير في الشرع بما دونه . وأما إذا كان أحد البديلين يبلغ حد نصف الصاع والآخر لم يبلغه فلا يجوز كذا في المبسوط ، ومن ذلك ما (إذا تبايعا مكيلا أو موزونا غير مطعموم يجنسه متفاضلا كالجنس والحديد فإنه لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس ، وعنده يجوز لعدم الطعم والثنية . قال : فإذا علم الوصفان) إذا ثبت أن علة المحرمة شيان ، فيما أن يوجد أو يعلم أو يوجد أحدهما دون الآخر ، فالأول ما تقدم ، والثاني يظهر عنده حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة ، وتحقيقه ما أشار إليه بقوله (والأصل فيه الإباحة) يعني إذا كانت أصلا وقد تركت لوجود العلة التي هي القدر والجنس يظهر عند علمهما ما أن العلم

حرم التفاضل والنساء لوجود العلة. وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم هرويا في هروى أو حنطة في شعير، فحرمة ربا الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما. وقال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن التقديرة وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل: وحقيقة الفضل غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنتين فالشبهة أولى.

وهو القدر (حرم التفاضل والنساء) كالشعير بالشعير لا يجوز إلا مع التساوى والتفاضل (لوجود العلة) المعرفة بالحكم على ما بيننا (وإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء مثل أن يسلم ثوبا (هرويا في ثوب هروى) في صورة اتحاد الجنس مع عدم المضموم إليه من الكيل أو الوزن لا يجوز، وكذا إذا باع عبدا بعبدا إلى أجل لوجود الجنسية. ولو باع العبد بعبدين أو المروى بهرويين حاضرا جاز (أو حنطة في شعير) في صورة اختلاف الجنس مع اتحاد المضموم وهو المسوى. وكذا حديد في رصاص ومقتضاه أن لا يجوز فلوس في خبز ونحوه في زماننا لأنها وزنية (فحرمة ربا الفضل بالوصفين) جميعا (وحرمة النساء بأحدهما) والنساء بالمد ليس غير (وقال الشافعي رحمه الله: الجنس بانفراده لا يحرم نساء) لأنه دليل عليه. وأيضا دل الدليل على نفيه وهو ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما «أنه صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن أشتري بعيرا بيعيرين إلى أجل» وهذا يكون سلما. وعن ابن عمر «أنه باع بعيرا بأربعة إلى أجل. وعن علي رضي الله عنه أنه باع بعيرا يقال له عصفور بعشرين بعيرا إلى أجل». والمعنى أن التأجيل في أحد البديلين يظهر التفاوت فيه حكما، والتفاوت حقيقة أكثر تأثيرا منه حكما، فإذا كان التفاوت حقيقة في هذه الأموال بأن باع الواحد بالاثنتين لا يؤثر في منع الجواز بالاتفاق

يثبت شيئا، فإذا وجد أحدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء (مثل أن يسلم هرويا في هروى أو حنطة في شعير، فحرمة الفضل بالوصفين وحرمة النساء بأحدهما) حتى لو باع عبدا بعبدا إلى أجل لا يجوز لوجود الجنسية وعنده يجوز (وقال الشافعي رحمه الله: الجنس بانفراده لا يحرم النساء لأن بالتقديرة وعدمها لا يثبت إلا شبهة الفضل) بالاتفاق (وحقيقة الفضل غير مانع) من الجواز في الجنس حتى جاز بيع المروى بالمرويين والعبد بالعبد (فالشبهة أولى) قيل ليس في تخصيص الجنس بالذكر في عدم تحريم النساء زيادة فائدة، فإن القدر عنده كذلك، فإنه يجوز إسلام الموزونات في الموزونات كالحديد والرصاص. ويمكن أن يقال: إنما خصه بالذكر لأن الحكم وهو حرمة النساء إنما لم يوجد عنده في صورة الجنس، وأما في صورة القدر فقد يوجد، فإنه لا يجوز بيع الذهب بالفضة نسيئة وكذا بيع الحنطة بالشعير، وإن كان علة ذلك عنده غير القدر وهو أن التفاضل شرط في الصرف وبيع الطعام عنده. ولنا مقال المصنف رحمه الله من أنه مال الربا من وجه وتحقيقه ثابت أن في باب الربا حقيقة وشبهة لاتراع في ذلك، والشبهة إذا انفردت عن الحقيقة تحتاج إلى محل وعلة كالحقيقة، ولا يجوز أن يكون محلها وعليها محل الحقيقة وعليها وإلا لكانت حقيقة أو مقارنة لها وهو خلاف الفرض فلا بد من شبهة محل وشبهة علة، وما يجري فيه الربا النسيئة مال الربا من وجه نظرا إلى أن القدر يجمعهما كما في الحنطة مع الشعير أو الجنس كالمروى مع المروى إذا كان أحدهما نقدا والآخر نسيئة وكل علة ذات وصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة إلا بهما فكل منهما شبهة العلية وشبهة العلة تثبت بها شبهة الحكم والتقديرة أو سبب فضلا في المالية، فتتحقق شبهة الربا في محل صالح بعله صالحة لها وشبهة الربا مانعة

(قوله وإن كان علة ذلك غير القدر الخ) أقول: إذا كان علة ذلك عنده غير القدر صدق أن القدر لا يحرم النساء فلا يظهر وجه التخصيص.

ولنا أنه مال الربا من وجه نظرا إلى القدر أو الجنس والتقديرة أوجب فضلا في المالية فتتحقق شبهة الربا وهي مانعة كالحقيقة ، إلا أنه إذا أسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز ، وإن جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان

حتى جاز هذا البيع إذا كان حالا اتفاقا فال تفاوت حكما أولى ، وهذا معنى قول المصنف لأن بالتقديرة إلى آخره (ولنا أنه مال الربا نظرا إلى القدر أو الجنس و) عرف أن التقديرة أوجب فضلا في المالية حتى تعورف البيع بالحال بأقصى منه بالموجز (فتتحقق) بوجوده (شبهة) علة (الربا) فتثبت شبهة الربا (وشبهة الربا مانعة كحقيقة الربا) بالإجماع على منع بيع الأموال الربوية بمجازفة وإن ظن التساوى وتماثل الصبرتان في الروية وليس فيه إلا شبهة ثبوت الفضل ، بل قالوا : لو تباع بمجازفة ثم كيل بعد ذلك فظهرها متساويين لم يميز عندنا أيضا خلافا لزرغر ، لأن العلم بالمساواة عند العقد شرط الجواز لنهي صلى الله عليه وسلم عن الربا والريبة ، وكذا الاتفاق على أنه لا يجوز بيع الخنطة بالشعر نسيتة يؤيد ما ذكرنا والتحقيق أن المعول عليه في ذلك ما تقدم من حديث عبادة بن الصامت مما أخرجه الستة إلا البخاري من قوله في آخر الحديث « فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيد » فأثزم التمايز عند الاختلاف وهو تحريم النسيتة ، وكذا ما تقدم من رواية أبي داود لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا بأس ببيع البر بالشعر والشعر أكثرهما يدا بيد » وأما النسيتة فلا وأخرج أبو داود أيضا قال : حدثنا موسى بن إسماعيل ، حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيتة » فقام دليلا على أن وجود أحد جزئى علة الربا علة لتحريم النساء ثم عللنا

كالحقيقة ، وفيه بحث من وجهين : أحدهما قيل إن كون من مال الربا من وجهين وكون التقديرة أوجب فضلا شبهة فصار شبهة الشبهة والشبهة هي المعترضة دون النازل عنها . والثاني أن كون شبهة الربا كالحقيقة إما أن يكون مطلقا أو في محل الحقيقة ، والأول ممنوع والثاني مسلم ، لكنها كانت جائزة فيما نحن فيه فيجب أن تكون الشبهة كذلك . والجواب عن الأولى أن الشبهة الأولى في محل والثانية في الحكم : وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم لاشبهة الشبهة . وعن الثاني أن القسمة غير حاصرة بل الشبهة مانعة في محل الشبهة وهو ما ذكرنا ، كما أن الحقيقة مانعة في محلها إذا وجدت العلة بكاملها . فإن قيل : ما بال المصنف رحمه الله لم يستدل للجائنين بالأحاديث التي تدل على كل واحد منهما ، كما استدلل بعض الشارحين بما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص « أن النبي صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرني أن أشتري بعيرا ببعيرين إلى أجل » للشافعي رحمه الله ، وبما روى أبو داود في السنن عن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيتة » لنا . فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق الاحتمالات للتأويل منعه عن ذلك . فإن قيل : إجماع الصحابة على حرمة النساء فكان الاستدلال به أولى من المذكور في الكتاب . فالجواب أن الخصم إن سلم الإجماع فله أن يقول إنهم أجمعوا على النساء في كمال العلة لا في شبهتها . وقوله (إلا أنه إذا أسلم) استثناء من قوله فوجد أحدهما وعدم الآخر حل

(قوله وشبهة العلة والمحل تثبت بها شبهة الحكم ، إلى قوله : لتصدق شبهة الربا الخ) أقول : أنت خير بأن التابت بمقابلة العلة حقيقة حرمة الفضل لاحقيقة الفضل فينبغي أن يثبت شبهة العلة حرمة الفضل لاشبهة الفضل ، فلا يجوز بيع المحروين بالمرورين والبيد بالبيد ، فذكره الشارح مغالطة لا ينبغي فيها : ألا ترى إلى قول المصنف بعد مطور : فلي هذا لو باع الخنطة بمنسها ، إلى أن قال لئوم الفضل فيلتمس (قوله وهو ما ذكرنا) أقول : يعني قوله قبل تسمية أسطر تسميتا وهو قوله ما يجرى فيه الربا النسيتة مال الربا من وجه الخ (قوله فالجواب أن جهالة التاريخ وتطرق احتمالات التأويل مناه عن ذلك) أقول : إذا تناقض الحرم والمبيح فالرجوع للمعصم احتكاما على ما فصل في كتب الأصول ، وهذا يكفي في الاستدلال لنا ، والشافعية يستدلون بما روى عن عبد الله كما لا يخفى على من نظر في كتبهم (قوله فإن قيل : إجماع الصحابة على حرمة النساء) أقول : قوله إجماع الصحابة مبتدأ ، وقوله على حرمة النساء خبره .

في صفة الوزن، فإن الزعفران يوزن بالأمناء وهو مثنى يتعين بالتعيين، والنقود توزن بالسنجات وهو مثنى لا يتعين بالتعيين. ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن، وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز، فإذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة. ٢.

بأن فيه شبهة الربا: أعنى الفضل. وإنما قلنا هذا لأن مقتضى ما ذكر من أن للشبهة حكم الحقيقة أن يحرم بأحد الوصفين المتفاضل أيضا، لأن لشبهة العلة حكم العلة فيثبت به شبهة حكم العلة وحكم العلة هو حرمة التفاضل والنساء فيثبت فيها، ثم يقدم هذا الحديث على حديث البعير ببعيرين لأنه محرم وذلك مبيع، أو يجمع بينهما بأن ذلك كان قبل تحريم الربا. ولما كان مقتضى ما ذكر أن لا يجوز إسلام النقود من الدراهم والدنانير في الزعفران وفي سائر الموزونات كالقطن والحديد والنحاس وهو جائز بالإجماع: أجاب بالفرق بأن الوزن في النقود وفي تلك الأموال مختلف، فإنه في النقود بالثاقيل والدراهم الصنجات. وفي الزعفران بالأمناء والقبائل، وهذا اختلاف في الصورة بينهما، وبينهما اختلاف آخر معنوي وهو أن النقود لا تتعين بالتعيين والزعفران وغيره يتعين، وآخر حكى، وهو أنه لو باع بالنقود موازنة وقبضها كان له أن يبيعها قبل الوزن، وتفسيره لو اشترى دراهم أو دنانير موازنة فوزنها البائع بغية المشتري وسامها قبضها جاز له أن يتصرف فيها قبل وزنها ثانيا، وفي الزعفران ونحوه يشترط إعادة الوزن في مثله (فإذا اختلفا) أي النقود والزعفران ونحوه (فيه) أي في الوزن (صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة) وقوله صورة ومعنى وحكما نشر.

التفاضل وحرمة النساء فإن ذلك يقتضى عدم إسلام النقود في الزعفران لوجود الوزن كإسلام الحديد في الصفر فاستثنى الزعفران ونحوه كالقطن والحديد، لأنه وإن جمعهما الوزن لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه: أما الأول فلأن الزعفران يوزن بالأمناء والنقود بالصنجات وهي معربة سنك ترزون. ونقل عن القراء أن السنين أفصح، ونقل عن ابن السكيت الصنجات ولا يقال بالسين. وأما الثاني فلأن الزعفران مثنى يتعين بالتعيين والنقود مثنى لا يتعين بالتعيين. وأما الثالث فلأنه لو باع بالنقود موازنة بأن يقول اشترت هذا الزعفران بهذا النقد ائشار إليه على أنه عشرة دنانير مثلا قبضه البائع صح التصرف فيه قبل الوزن. ولو باع الزعفران بشرط أنه متوازن مثلا وقباه المشتري ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن (وإذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتزل الشبهة فيه إلى شبهة الشبهة) فإن الموزونين إذا اتفقا فالنقود للشبهة، فإذا لم يتفقا كان ذلك لشبهة الوزن والوزن وحده شبهة فكان ذلك شبهة الشبهة (وهي غير معتبرة) لا يقال: لم يفرجنا بذلك عن كونها موزونين فقد جمعهما الوزن لأن انطلاق الوزن عليهما حيث لا اشتراك اللفظي ليس إلا، وهو لا يفيد الاتحاد بينهما فصار كأن الوزن لم يجمعهما حقيقة. وفي عبارة المصنف رحمه الله تعالى: فإنه قال: فإذا اختلفا صورة ولم يختلفا صورة، ولهذا قال خمس الأئمة: بل نقول اتفاقهما في الوزن صورة لامتني وحكما، إلا إذا حمل قوله صورة على أن معناه صفة كما قال في أول التعليل في صفة الوزن فذلك اعتبار زائد على ما ذكره خمس الأئمة. وقال العراقيون في وجه ذلك: إنما جاز لأن الشرع رخص في السلم والأصل في رأس المال هو النقود، فلزم يجوز لوجود أحد الوصفين لانسداد باب السلم في الموزونات على ما هو الأصل والغالب، فأثر شرع الرخصة

(قوله وأما الثاني فلأن الزعفران مثنى الخ) أقول: لا يظهر كون هذا اختلافا في معنى الوزن، بل ذلك اختلاف معنوي بين الموزونين (قوله لأن انطلاق الوزن عليهما حيث لا اشتراك اللفظي) أقول: لا ينبغي عليك أن تفرق بين معنى الوزن ما يعنيه اللفظ.

قال (وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل

مرتب بعد ألف ، ولا يخفى أن التعيين بالتعيين وعلمه لا يتعلق بالوزن ، وليس الاختلاف باعتباره اختلافا في معنى الوزن ، وكذا الأول فإن الزعفران والمسك والزباد يوزن بالصنجات أيضا ، وكذا الأخير ، بل لافرق بين النقد وغيره في ذلك . وقوله وفي الزعفران وأشباهه لا يجوز إن أراد أنه بعد ما اتزنه من بائه وقبضه ليس له أن يبيعه حتى يعيد الوزن ممنوع ، بل له أن يبيعه . وازنة من آخر ثم يلزم بعد هذا البيع أن يزنه الآخر ليسلمه إليه ليصبح تصرف الآخر فيه ، وكذا نقول في الدرهم إذا قبضها ، وأما أن يقال إذا بالدرهم حتى كانت ثمنا أو باعها له أن يتصرف فيها قبل قبضها ، بخلاف الزعفران لأنه مبيع وذلك ثمن ويجوز التصرف في الثمن قبل قبضه ، بخلاف المبيع ، وعلى تقدير هذا الاختلاف الحكيم وحده لا يوجب اعتباره غير مشارك له في أصل الوزن . وإذا ضعف هذا فالوجه في هذا أن يضاف تحريم الجنس بانفراده إلى السمع كما ذكرنا ، ويلحق به تأثير الكيل الوزن بانفراده ثم يستثنى إسلام النقود في الموزونات بالإجماع كي لا يفسد أكثر أبواب السلم وسائر الموزونات بخلاف النقد لا يجوز أن تسلم في الموزونات وإن اختلفت أجناسها كإسلام حديد في قطن أو زيت في جبن وغير ذلك ، إلا إذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة إلا في الذهب والفضة ، فلو أسلم سيغا فيا يوزن جاز إلا في الحديد لأن السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه في الحديد لاتحاد الجنس ، وكذا يجوز بيع إزاء من غير التقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا وإن كان أحدهما أثقل من الآخر ، بخلافه من الذهب والفضة فإنه يجري فيه وبا الفضل وإن كانت لا تبايع وزنا لأن صورة الوزن منصوب عليها فيها فلا يتغير بالصنعة فلا يجوز أن يخرج عن الوزن بالعادة . وأورد أنه ينبغي أن يجوز حينئذ إسلام الخنطة والشعر في الدرهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن . أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لأن المسلم فيه مبيع وهما متعينا للثنية ، وهل يجوز بيعا ؟ قيل : إن كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل ، وإن كان بلفظ المسلم فقد قيل لا يجوز . وقال الطحاوي : ينبغي أن يتعد بيعا بثمن مؤجل ، هذا واختلاف الجنس يعرف باختلاف الاسم الخاص واختلاف المقصود ، فالخنطة والشعر جنسان عندنا وعند الشافعي . وقال مالك : جنس واحد حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر ، متفصلا لأن اسم الطعام يقع عليهما . قلنا : بل جنسان لأنهما مختلفان اسما ومعنى ، وإفراد كل عن الآخر في قوله صلى الله عليه وسلم الخنطة بالخنطة والشعر بالشعر ، يدل على أنهما جنسان ، وإلا قال الطعام بالطعام ، ويكون اسم الأعم يصح إطلاقه على الأخص لا يوجب أن جميع ما يصدق عليه يكون متاالا كالحيوان يطلق على أمور متباينة بلاشك كالإنسان والفرس ، ولم يلزم من ذلك أن يكون جنسا واحدا بالمعنى الفقهي ، والثوب المروى والمرى وهو بسكون الراء جنسان لاختلاف الصنعة وقوام الثوب بها ، وكذا المروى المنسوج ببغداد وخراسان واللد الأرمي والطالقاتي جنسان ، والتمر كاه جنس واحد ، والحديد والرصاص والشبه أجناس ، وكذا غزل البصوف والشعر ولحم البقر والضأن والمعز والألية واللحم وشحم البطن أجناس ، ودهن البنفسج والخيري جنسان ، والأدهان المختلفة أصولها أجناس ، ولا يجوز بيع رطل زيت غير مطبوخ برطل مطبوخ مطيب لأن الطيب زيادة (قوله وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل

في التجويز ، وهذا ظاهر من الفرق . قال شمس الأئمة ولكن هذا كلام من يجوز تخصيص العلل ولنا نقول به (قال وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا) كالخنطة والشعر والتمر والملح

أبداً : وإن ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر والمخ وكل مانص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبداً ، وإن ترك الناس الوزن فيه مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف والأقوى لا يترك بالأدنى (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس) لأنها دلالة . وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك لمكان العادة فكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت . فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها

أبداً . وإن ترك الناس الكيل فيه) حتى لا يجوز بيعه وزنا وإن تماثلا في الوزن إلا إن علم أنها متماثلان في الكيل أيضاً (وكل مانص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون أبداً مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف) لأن العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا في إخراج الشموع والسرر إلى المقابر ليالي العيد . والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل . ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط . والنص حجة على الكل فهو أقوى ، ولأن العرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » وفي المجتبى : ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربعية بالخرقية موزوناً متساوياً لا يجوز (وما لم ينص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس) في الأسواق (لأنها) أى العادة (دلالة) على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسناً الحديث » ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص ، وزاد الشافعي أن ما كان مستخرجاً من أصل فهو ملحق به لأنه تبع له كالدينار (وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك) الكيل في الشيء أو الوزن فيه ما كان في ذلك الوقت إلا لأن العادة إذ ذاك بذلك (وقد تبدلت) فتبدل الحكم . وأجيب بأن تقريره صلى الله عليه وسلم إياهم على متعارفوا من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لأن العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفاً ، وكذا وجهه . ولا يخفى أن هذا لا يلزم أبا يوسف لأن قصاره أنه كتبه على ذلك وهو يقول : يصار إلى العرف الطارئ بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص ، حتى لو كان صلى الله عليه وسلم حياً لنص عليه على وزان ما ذكرنا في سنة الترويح ، مع أنه صلى الله عليه وسلم لم يواظب عليه بل فعله مرة ثم ترك ، لكن لما بين علو خشية الافتراض على معنى لولاه لو اظلم حكم بالسنية مع عدم المواظبة ، لأننا أمنا من بعده النسخ فحكما بالسنية . فكل هذا لو تغيرت تلك العادة التي كان النص باعتبارها إلى عادة أخرى تغير النص ، والله أعلم (فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها

(فهو مكيل أبداً وإن ترك الناس الكيل فيه وكل مانص على التحريم فيه وزناً) كالذهب والفضة (فهو موزون أبداً) لأن النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارف وعلى من لم يتعارف ، والعرف ليس بحجة إلا على من تعارف به ، والأقوى لا يترك بالأدنى (وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس لأنها) أى عادات الناس (دلالة) على جواز الحكم فيما وقعت عليه لقوله عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (وعن أبي يوسف رحمه الله اعتبار العرف على خلاف المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك) أى على الكيل في المكيل والوزن في الموزون في ذلك الوقت إنما كان للعادة فيه ، فكان المنظور إليه هو العادة في ذلك الوقت وقد تبدلت فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك (وعلى ذلك لو باع حنطة بجنسها

(قال المصنف : وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه الخ) أقول : استغراض الزمان عدداً من غير التفريق بين المتعارف في زماننا وبين أن يكون مبيهاً على هذه الرواية .

متساويا وزنا ، أو الذهب يحنسه ميتالا كيلا لايحوز عندهما ، وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه ، كما إذا باع مجازة إلا أنه يحوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزنا لوجود الإسلام في معلوم . قال (وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني) معناه ما يباع بالأوقا لأنها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا ، بخلاف سائر المكائيل ، وإذا كان موزونا فلو بيع بمكيال ليعرف وزنه بمكيال مثله لايحوز لتوهم الفضل في الوزن بميزة المجزئة .

متساويا وزنا والذهب يحنسه ميتالا كيلا لايحوز عندهما (أى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (وإن تعارفوا ذلك لتوهم الفضل في أحدهما) وقوله (إلا أنه إلى آخره) استثناء على قولهما من قوله فهو مكيال أبدا : أى يلزم أن يتصرف فيه بالمكيال أبدا فهو بعمومه يمنع السلم في الحنطة ونحوها وزنا فاستثناءه وقال : يحوز ذلك لأن المصحح فيه كون المسلم فيه معلوما على وجه لا يكون بينهما فيه نزاع وذلك يتحقق باتفاقهما على الوزن ، بخلاف بيعها يحنسها فإن المصحح هناك القائل بالسوى الشرعي للمعين ، فلم يكن ذلك المسوى التحقق بالخلاف فلا يحوز ، وهذا مختار الطحاوى . وروى الحسن عن أصحابنا رحمهم الله أنه لا يحوز لأنها مكيال بالنص . والحاصل أن فيه روايتين . والفتوى على الأول وقد عرفت الفرق . وقوله في الكافي : الفتوى على عادة الناس يقتضى أنهم لو اعتادوا أن يسلّموا فيها كيلا فأسلم وزنا لايحوز ولا ينبغي ذلك ، بل إذا اتفقا على معرف كيال أو وزن ينبغي أن يحوز لوجود المصحح وانتفاء السامع . وفي جمع التصاريق روى عنهما جواز السلم وزنا في المكيلات وكذا عن أبي يوسف في الموزونات كيلا أنه يحوز ، وكذا أطلقه الطحاوى فقال : لا بأس بالسلم في المكيال وزنا وفي الموزون كيلا ، هذا الذى ذكره فرق بين الكيل "نصا الوزني عادة وقلبه ، فأما الوزني نصا وعادة كما في إنامين من جنس واحد حديد أو ذهب أو فضة أحدهما أكثر وزنا من الآخر ، فى الإنامين من غير التقديين يحوز بيع أحدهما بالآخر إذا كانت العادة أن لا يباعان وزنا لأنه عددي متقارب ، وفى أواني الذهب والفضة لايحوز ، فإنه يجرى فيها ربا الفضل ، وإن كانت لا يتابع وزنا فى العادة فإن الوزن فى الذهب والفضة منصوب عليه فلا يتغير للصنعة بالعادة ، وأما في الحديد ونحوه فالوزن فيه ثابت بالعرف فيخرج بالصنعة أيضا من أن يكون موزونا بالعرف (قوله وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني) هذا في التحقيق تفسير لبعض ألفاظه بما ينسب إليها المبيع بالفظ

متساويا وزنا أو ذهبا يحنسه ميتالا كيلا (جازعنده إذا تعارفوا ذلك ، ولا يحوز عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله (وإن تعارفوا لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما إذا باع مجازة ، لكن يحوز الإسلام في الحنطة ونحوها وزنا على ما اختاره الطحاوى لوجود الإسلام في معلوم ، فإن المماثلة ليست بمعبرة فيه ، إنما المعتبر هو الإعلام على وجه ينبغي المنازعة في التسليم ، وذلك كما يحصل بالمكيال يحصل بذكر الوزن ، وذكر في التمه أنه ذكر في المجرى عن أصحابنا أنه لا يحوز فكان في المسئلة روايتان . قال المصنف (وعن أبي يوسف أنه يعتبر العرف على اختلاف المنصوص عليه أيضا ، لأن النص على ذلك لمكان العادة وكانت هي المنظور إليها وقد تبدلت) أقول : استقراض الدرهم عددا وبيع الدقيق وزنا على ما هو المتعارف في زماننا ينبغي أن يكون مبنيًا على هذه الرواية . قال (وكل ما ينسب إلى الرطل فهو وزني) الرطل بالكسر والفتح نصف من ، والأوقا جمع أوقية كثفية وإثاف . قيل هي وزن سبعة مثاقيل : وذكر في الصحاح أنه أربعون درهما ، والظاهر أنها تختلف بالزمان والمكان ، وكل ما يباع بالأوقا

قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس)

بقدر ولم يشتر فيها أنها اسم يرجع إلى الوزن كما اشتهر في المنّ والقتنار أو إلى الكيل كما في الصاع والمد فلا يدرى أهذه الأسماء من قبيل الوزن فيجربى حكم الوزن على المبيع أو المكيل فيجربى عليه حكم الكيل وذلك كاسم الرطل وهو يفتح الراء وكسرهما والأوقية ، فأفاد أن المنسوب إليها من المبيعات وزنى فيجربى عليه ذلك ، فلو بيع ما ينسب إلى الرطل والأوقية كيلا بكيل متساويين يعرف قدرهما كيلا ولا يعرف وزن ما يعلهما لا يجوز لاحتمال عدم تساويهما في الوزن فيكون بيع الجزاف . ولو تباعا كيلا متفاضلا وهما متساويا الوزن صح ، وليس قولنا لاحتمال عدم تساويهما وزنا لإفادة أنه لو ظهر تساويهما وزنا يجوز ، فإننا قلنا أن أموال الربا لو بيعت مجازفة ثم ظهر تساويهما لا يجوز خلافا لزر ، وقول الشافعي كقولنا ، بل لإفادة أنه لو علم تساويهما فيما يجب نسبتهما إليه من الكيل والوزن كان جائزا . ثم الرطل والأوقية مختلف فيها عرف الأمصار ، ويختلف في المصدر الواحد أمر المبيعات ، فالرطل الآن بالإسكندرية وزن ثلاثمائة درهم واثنا عشر درهما بوزن كل عشرة سبعة مثاقيل ، وفي مصر مائة وأربعة وأربعون درهما ، وفي الشام أكثر من ذلك فهو أربعة أمثاله . وفي حلب أكثر من ذلك ، وتفسير أبي عبيد الرطل بأنه مائة وثمانية وعشرون تفسير للرطل العراقي الذي قدر به الفقهاء كيل صدقة الفطر وغيرها من الكمخارات ، ثم في الإسكندرية الرطل المذكور لغير الكتان ، ورطل الكتان مائتا درهم بوزن سبعة ، وكل رطل في عرف ديار مصر والشام وأقطاره اثنا عشر أوقية ، وربما كان في غيرها عشرين أوقية ، وجبئلا لأشكال اختلاف كمية الأوقية باختلاف الرطل . وفي زمنه صلى الله عليه وسلم كانت أربعين درهما ثم الأوقية مثلا اثنا عشر كما ذكرنا ، وفي نحو المسك والزعفران عشرة . والحاصل أن هذه الأسماء مع أسماء آخر توقيفية من جهة الاصطلاح تعرف بالاستكشاف والسؤال عنها فيعرف الحال . وقوله بمكيال لا يعرف وزنه إلى آخره عرف تقريره (قوله) وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان (ذهباً وفضةً بجنسه أو بغير جنسه ، فإن كان بجنسه اشترط فيه التساوى والتقاضى قبل افتراق الأبدان ، وإن اختلف المجلس حتى لو عقدا عقد الصرف ومشيأ فريصاً ثم تقابضا وافتراقا صح وأن لا يكون به خيار ، وكذا السلم ولا أجل كذا ذكر ، وهو مستدرك لأن اشتراط التقاضى فيه . ولو أسقط الخيار والأجل في المجلس عاد صحيحاً خلافا لزر ، وإن كان بخلاف جنسه كالذهب بالفضة اشترط ما سوى التساوى . واستدل على اشتراط التقاضى بقوله صلى الله عليه وسلم « الفضة بالفضة ربا إلا هاء وهاء » وروى ابن أبي شيبة من حديث

فهو وزنى لأنها قدرت بطريق الوزن ، إذ تعديلها إنما يكون بالوزن ولها يحسب ما يباع بالأواق وزنا ، بخلاف سائر المكايل متصل بقوله لأنها قدرت : يعنى أن سائر المكايل لو تقدر بالوزن فلا يكون الوزن فيه اعتبار ، وعلى هذا إذا بيع للموزون بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة ، ولو كان المبيع مكيلا جاز . وإنما قيد بقوله بمكيال لا يعرف وزنه لأنه إذا عرف وزنه جاز . قال في المبسوط : وكل شيء وقع عليه كيل الرطل فهو موزون ، ثم قال : يريد به الأدغان ونحوها لأن الرطل إنما يعدل بالوزن إلا أنه يشق عليهم وزن الدهن بالأمنا والسنجات في كل وقت لأنه لا يستسك إلا في وعاء وفي وزن كل وعاء حرج ، فالتخذ الرطل في ذلك تيسرا ، فرغنا أن كل الرطل بيع موزون فجاز بيع الموزون به ، والإسلام فيه بذلك الوزن . قال (وعقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان الخ) عقد الصرف ما وقع على جنس الأثمان وهي النقود يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس : قوله (يعتبر فيه) خبر ثان

لقوله عليه الصلاة والسلام «والفضة بالفضة هاه» ومعناه يدا بيد . وسنبين الفقه في الصرف إن شاء الله تعالى . قال (وما سواه) بما فيه الربا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقاض (كخلافًا للشافعي في بيع الطعام) . له قوله عليه الصلاة والسلام في الحديث المعروف « يدا بيد » ولأنه إذا لم يقبض في المجلس فيتعاقب القبض وللتقيد مزية ابن جمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم «الذهب بالذهب ربا إلا هاه وهاء ، والورق بالورق ربا إلا هاه وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاه وهاء ، والشعر بالشعر ربا إلا هاه وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاه وهاء » ورواه أصحاب الكتب الستة «الذهب بالورق ربا إلا هاه وهاء ، والبر بالبر ربا» إلى آخره ، وهاء مملود من هاء وألف وهمة بوزن هاع مبنى على الفتح ، ومعناه خذ وهات : يعني هو ربا إلا فها يقول كل منهما لصاحبه خذ ، ومنه - هاون اقروا كتابه - وفسره بأنه يعني يدا بيد في الحديث المتقدم ثم قال (وما سواه) أى ما سوى عقد الصرف (بما فيه الربا) من بيع الأموال الربوية بنفسها ، أو بخلاف الجنس يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر فيه التقاض ، فلو اقترقا بعد تعيين البديلين عن غير قبض جاز عندنا (خلافًا للشافعي في بيع الطعام) أى كل مطعوم حنطة أو شعير أو لحم أو فاكهة فإنه يشترط فيه التقاض لقوله صلى الله عليه وسلم « يدا بيد » ولأنه حينئذ يقع التعاقب في القبض وللتقيد لقوله عقد الصرف ؛ ومعنى يعتبر يجب (لقوله صلى الله عليه وسلم والفضة بالفضة هاه وهاء) (معناه يدا بيد ، وقد تقدم دلالته على الوجوب . وهاء مملود على وزن هاع ومعناه خذ : أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاه فيتقاضيان ، وفسره بقوله يدا بيد جردا إلى إفادة معنى التعيين كما نبين (وما سوى جنس الأمان) من الربويات (يعتبر فيه التعيين دون القبض خلافًا للشافعي في بيع الطعام) أى في كل مطعوم سواء بيع بنفسه كبيع كبر حنطة بكر حنطة أو بغير جنسه ككر حنطة بشعير أو تمر ، فإنه إذا افرقا لا عن قبض فسد العقد عنده استدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف « يدا بيد » والمراد به القبض لأن القبض يستلزمها لكونها آلة له فهي كناية ، وبأنه إذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللتقيد مزية ، فنثبت شبهة الربا كالخال والموجل (ولنا أنه مبيع متعين) لأنه يتعين بالتعيين ، وكل ما هو متعين لا يشترط فيه القبض كالثوب والعبد والداية وغيرها ، وهذا أى عدم اشتراط القبض فيها يتعين لأن الفائدة المطلوبة بالعقد إنما هي التحكم من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا يحتاج إلى القبض . فإن قيل : لو كان كذلك لما وجب القبض في الصرف . أجاب بقوله بخلاف الصرف ، فإن القبض فيه يتعين به فإن التقود لاتعين في العقود . قوله (ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال الخصم بالحديث ، فإنه إذا كان معناه عينتا بعين لم يبق دليلا له على القبض ، والدليل على ذلك ما رواه خبادة بن الصامت رضى الله عنه «عينا بعين» . ووجه الدلالة أن اشتراط التعيين والقبض جميعا المدلول عليهما بالروايتين متنفذ بالإجماع المركب ، أما عندنا فلأن الشرط هو التعيين دون القبض وأما عنده فبالعكس فلا بد من محل أحدهما على الآخر . وقوله (يدا بيد) يحتمل أن يكون المراد به القبض لأنه آتاه كما تقدم ، وأن يكون

(قال المصنف : لقوله عليه الصلاة والسلام «الفضة بالفضة هاه وهاء») أقول : قال الإجماع : قال الطبري : هاه بوزن هاع مبنى على فتحه ، وقوله تعالى - هاون اقروا كتابه - أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاه فيتقاضيان والقصير خطأ انتهى . وفي شرح مسلم النووي فيه لثلاثان الله والقصير ، والله أضح وأشهر وأسلمه هاه فأبدلت الهزة من الكاف ، ثم قال : وغلط الخطائي وغيره من المحدثين في رواية القصير وقالوا : المواب لله والفتح وليست بلفظ هل هي صيغة كما ذكرنا وإن كانت قليلة (قوله) وقد تقدم دلالته على الوجوب) أقول : في أوائل هذا الباب وهو قوله فإن قيل تقدير بيوموا يوجب البيع وهو مباح . أجيب بأن الوجوب مصرّف إلى الصفقة (قوله) وهاء مملود على وزن هاع ومعناه خذ) أقول : ففى الحديث والله تعالى أعلم : بيوموا للفضة بالفضة قالوا كل متكم لصاحبه هاه وهاء ، وفيه بحث ، بل للمنى متعاقبتان هاه وهاء (قوله) أى كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه الخ) أقول : لو صح هذا التفسير يلزم أن يكون القبض شرطا في غير الأمان أيضا ، إذ لفظ هاه وهاء مذكور في الحنطة والحنطة والشعير بالشعير فليتأمل (قوله المدلول عليهما) أقول : ينى ظاهرا (قوله) وأما عنده فبالعكس) أقول : فيه بحث ، فإن القبض إذا كان شرطا عنده يكون التعيين أيضا كذلك ، إذ لا يوجد التعيين

فتثبت شبهة الربا . ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو المتكمن من التصرف ويترتب ذلك على التعيين ، بخلاف الصرف لأن القبض فيه ليتعين به ، ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام « يدأبده عينا بعين » ، وكذا رواه عبادة بن الصامت رضي الله عنه ، وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا . بخلاف النقد والمؤجل .

مزية فيكون كالمؤجل إذ يحصل التفاوت في البديلين (ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط في) صحة بيعه (القبض كالثوب) بالثوب والعبد بالعبد ونحو ذلك ، وهذا لأن الفائدة المطلوبة إنما هو المتكمن من التصرف وذلك يترتب على التعيين فلا حاجة إلى اشتراط شرط آخر وهو القبض ، بخلاف الصرف لأن التعيين لا يحصل فيه إلا بالقبض ، فإن الدرهم والدنانير لا يتعين مملوكة بالعقد إلا بالقبض . قال : ومعنى (قوله يدأبده عينا بعين) وكذا رواه عبادة بن الصامت تقدم رواية عبادة بن الصامت « يدأبده » وله رواية أخرى عند مسلم « عينا بعين » وأفظه في مسلم « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملاح بالملاح إلا سواء بسواء عينا بعين ، فمن زاد أو أزداد فقد أربى » وفيه قصة ، وقوله يقع التعاقب فيحصل التفاوت بم نوع ، بل هذا القدر مهمل لا يعد زيادة مالم يذكر الأجل . وقد استشكل بأنه استدلت يدا يدا على اشتراط التقابض قبل الافتراق في الصرف ، ثم استدلت به هنا على أن الشرط التعيين لا التقابض فيكون تعميا للمشارك أو للحقيقة في الحجاز . والجواب أنه فرسواء وهاء يدا يدا ، وفسر يدا يدا بالتعيين لرواية عينا بعين ، واستدل به على التقابض في الصرف لا يفي به لأن الاستدلال به هناك إنما هو على التعيين أيضا ، لكن لما كان التعيين هناك بالتقاضي يكون لا بغيره لما قلنا إنها لا تتعين إلا بالقبض كان الاستدلال بها عليه استدلالا عليه ، لكن ينبغي أن يقال حل يدا يدا على معنى عينا بعين ليس أولى من قلبه . وأجيب عنه بأن رواية عينا بعين تفسير للمحتمل ، لأن يدا يدا يحتمل معنيين فهي تفسير له . ولو كان المراد منه القبض لم يبق لقوله عينا بعين فائدة لأنه يحصل بالقبض ضرورة فليزم

التعيين لأنه إنما يكون بالإشارة باليد (وقوله عينا بعين) محكم لا يحتمل غيره فيحمل المحتمل على الحكم ، ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك أو الجمع بين الحقيقة والحجاز لأنكم جعلتم يدا يدا بمعنى القبض في الصرف وبمعنى العين في بيع الطعام . لأننا نقول جعلناه في الصرف بمعنى القبض ، لأن التعيين فيه لا يكون إلا بالقبض فهو في معنى العين في الحال كلها ، لكن تعيين كل شيء بحسبه . ونوقض بأنه لو كان بمعنى التعيين لما شرط القبض في إزاء ذهب يبيع إزاء مثله لئلا يلزم تعيين المعين ، فإن الإزاء يتعين بالتعيين عندكم لكن القبض شرط . وأجيب بأنه وإن تعين لكنه لما كان نمنا خلقة كان فيه شبهة عدم التعيين ، والشبهة في الربا كالحقيقة فاشتراط القبض دفعها . واعترض بأن ما ذكرتم إنما هو على طريقتكم في أن الأثمان لا تتعين ، وأما الشافعي فليس بقاتل به فلا يكون ملزما . والجواب أنه ذكره بطريق المبادئ هاهنا لثبوته بالدلائل الملزمة على ماعرف في موضعه (قوله وتعاقب القبض) جواب عن وقلة وأنه إذا لم يقبض في المجلس . ووجهه المانع تعاقب يعد تفاوتا في المالية عرفا كما في النقد والمؤجل ، وما ذكرتم ليس كذلك لأن التجار لا يفتصلون في المالية بين المقبوض في المجلس وغيره بعد أن يكون حالا معينا .

إلا وأن يوجد التعيين . فإن قيل : مراده اشتراط التعيين من حيث دلالة الحديث . قلنا : انتفاؤه أيضا ممنوع عنه (قوله ولا يقال لزمكم العمل بعموم المشترك الخ) أقول : لا يقال فيه بحث ، فإن عموم المشترك لإرادة كلا معنيي المشترك من لفظ واحد وما نحن فيه ليس كذلك وكذا الكلام في الجمع بين الحقيقة والحجاز لأننا لا نسلم أن ما نحن فيه ليس كذلك . ألا يرى إلى قوله عليه الصلاة والسلام « اللب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملاح بالملاح مثلا بمثل يدا يدا » الحديث على ما ذكر في الكتب المبسوطة .

قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والقررة بالقررتين والجوزة بالجوزتين) لانعدام المعيار فلا يتحقق الربا . والذابقي يخالفنا فيه لوجود الطعم على مامر . قال « ويجوز بيع الفلوس بالفلسين بأعيانها » عند أبي حنيفة . وأبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز لأن الغنية تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما ، وإذا بقيت أمانا لاتتبعن فصار كما إذا كانا بغير أعيانها وكبيع الدرهم بالدرهمين .

أن عينا بعين تفسيرا ليدا بيد . ولقائل أن يدفعه بمنح الاحتمال بل هو ظاهر في التقايف . ويجب أن يحمل عينا بعين عليه لأن القبض أخص من التعيين ، وكل قبض يتضمن تعيينا وليس كل تعيين قبضا ، وباب الربا باب احتياط فيجب أن تحمل الغنية على القبض ، ويؤيده فهم عمر رضى الله عنه كذلك في الصحيحين : أن مالك بن أوس اصطرف من طلحة بن عبيد الله صرفا بمائة دينار . فأخذ طلحة الذهب يقلبها في يده ثم قال : حتى يأتي خازني من الغابة وعمر يسمع ذلك ، فقال : والله لا تضارقه حتى تأخذ منه ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والشعر بالشعر ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء » وهذا استدلال ابن الجوزي على اشتراط التقايف على أبي حنيفة رضى الله عنه ، وكيف ومعنى هاء أخذ وهو من أسماء الأفعال ومنه - هاؤم اقرعوا كتابيه - وقال قائل :

تمزج لي من بغضها السقاء ثم تقول من بعيد هاء

وأما ما نقل من قياس الشافعي على الصرف في اشتراط التقايف فلدفع بأن الاسم ينبي هناك عن صرف كل إلى الآخر ما في يده والمعاني الفقهية تعطف على الأسماء الشرعية ، وليس في القرع ذلك إلا أنه لا حاجة له إليه لأن الدليل السمعى على الوجه الذى قررناه يستل بطولبه (قوله ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والقررة بالقررتين) إلى آخره ومعنى ذلك سبق وهو ظاهر ، غير أن ذلك كله مشروط بكونه يدا بيد ، أو هي من مسائل الجامع الصغير . صورتها فيه : محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في بيع بيضة ببيضتين وجوزة بجوزتين وفسل بفسلين وتمر بتمرين يدا بيد جاز

قال (ويجوز بيع البيضة بالبيضتين الخ) بيع العلى المتقارب بمنسه مضافا جاز إن كانا موجودين لانعدام المعيار . وإن كان أحدهما نسبتة لا يجوز لأن الجنس بافتراده يحرم النساء . فإن قيل : الجوز والبيض والتمر جعلت أمثالا في ضمان المستهلكات فكيف يجوز بيع الواحد بالاثنتين ؟ أجيب بأن التماثل في ذلك إنما هو باصطلاح الناس على إهدار التفاوت فيعمل بذلك في حقهم وهو ضمان العدوان . وأما الربا فهو حق الشارع فلا يعمل فيه باصطلاحهم فتعتبر الحقيقة وهي فيها متفاوتة صغرا وكبرا . وخالفنا الشافعي فيه لوجود الطعم على مامر . قال (ويجوز بيع الفلوس بالفلسين بأعيانها الخ) بيع الفلوس بمنسه مضافا على أوجه أربعة : بيع فسل بغير عينه بفسلين بغير أعيانها . وبيع فسل بعينه بفسلين بغير أعيانها . وبيع فسل بعينه بفسلين بأعيانها . وبيع فسل بغير عينه بفسلين بأعيانها . وأما الأول فلأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً باصطلاح الناس على إهدار قيمة الجوزة منها فيكون أحد الفلوسين فضلا خاليا عن العوض مشروطا في المقد وهو الربا . وأما الثانى فلأنه لو جاز أمسك البائع الفلوس المعين وطلب الآخر وهو فضل خال عن العوض . وأما الثالث فلأنه لو جاز قبض البائع الفلوسين ورد إليه أحدهما مكان ما استوجبه في ذمته فيبقى الآخر له بلا عوض . وأما الوجه الرابع

(قال المصنف : ويجوز بيع الفلوس بالفلوس بأعيانها) أقول : التفسير راجع إلى البدلين (قوله أما الأول فلأن الفلوس) أقول : ولأنه كالي بكمال .

ولهما أن الثنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما وإذا بطلت الثنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا لبقاء الاصطلاح على العدم إذ في نقضه في حق العدم فساد العقد فصار كالجوزة بالجوزتين

إذا كان بعينه وليس كلاهما ولا أحدهما ديناً . وصوره أربع : أن يبيع فلان بغير عينه بفلسين بغير أعيانها لا يجوز لأن الفلوس الرائجة أمثال متساوية قطعاً لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجودة منها فيكون أحدهما فضلاً خالياً ومشروطاً بالعقد وهو الربا . وأن يبيع فلان بعينه بفلسين بغير عينها لا يجوز . ولا أمسك البائع الفلس المعين وطالبه بفلس آخر . أو سلم الفلس المعين وقبضه بعينه منه مع فلس آخر لاستحقاقه فلسين في ذمته فيرجع إليه عين ماله ويبقى الفلس الآخر خالياً عن العوض . وكذا لو باع فلسين بأعيانها بفلس بغير عينه ، لأنه لو جاز لقبض المشتري الفلسين ودفع إليه أحدهما مكان ما استوجب عليه فيبقى الآخر فضلاً بلا عوض استحق بغير البيع ، وهذا على تقدير إن رضي بتسليم المبيع قبل قبض الثمن . والرابع أن يبيع فلان بعينه بفلسين بعينهما فيجوز خلافاً لحمد . وأصله أن الفلس لا يعين بالتعيين مادام رائجاً عند محمد . وعندهما يتعين ، حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد . وجه قول محمد أن الثنية ثبتت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما وإذا بقيت أثماناً لا تتعين فصار كما لو كانا بغير عينهما وكبيع

فجوزه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لا يجوز لأن الثنية في الفلس تثبت باصطلاح الكل ، وما ثبت باصطلاح الكل لا يبطل باصطلاحهما لعدم ولايتهما على غيرها بقيت أثماناً وهي لا تتعين بالاتفاق ، فلا فرق بينه وبين ما إذا كانا بغير أعيانها وصار كبيع الدرهم بالدرهمين . وبهذا يتبين أن الفلوس الرائجة مادامت رائجاً لا تتعين بالتعيين حتى لو قولت بخلاف جنسها ، كما إذا اشترى ثوباً بفلوس معينة فهلك قبل التسليم لم يبطل العقد كالذهب والفضة (ولهذا أن الثنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما) وما ثبت باصطلاحهما في حقهما يبطل باصطلاحهما كذلك . واعترض عليه بأنها إذا كسدت باتفاق الكل لا تكون ثماً باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تكون عروضاً أيضاً باصطلاحهما إذا كان الكل متفقاً على ثمنها سواهما . وأجيب بأن الأصل في الفلوس أن تكون عروضاً ، فاصطلاحهما على الثنية بعد الكساد على خلاف الأصل ، فلا يجوز أن تكون ثماً باصطلاحهما لوقوعه على خلاف الأصل . وأما إذا اصطاحا على كونهما عروضاً كان ذلك على وفاق الأصل فكان جائزاً وإن كان من سواهما متفقين على الثنية . وفيه نظر لأنه يناق قوله إن الثنية في حقهما تثبت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما . ويمكن أن يقال : معناه أن الثنية قبل الكساد تثبت باصطلاحهما ، أو بشرط أن يكون من سواهما متفقين على الثنية ، وإذا بطلت الثنية فلعودها عروضاً تتعين بالتعيين . فإن قيل : إذا عادت عرضاً عادت وزنية فكان يبيع فلس بفلسين ومن يبيع قطعة صفر بقطعتين وذلك لا يجوز . أجاب المصنف رحمه الله بقوله ولا يعود وزنيا لأنهما بالإقدام على هذا العقد ومقابلة الواحد بالاثنتين أعرضاً عن اعتبار الثنية دون العدم حيث لم يرجعاً إلى الوزن ولم يكن العدم مفزوم الثنية حتى يفتنى بانتفاها فيبقى معدوداً ، واستدل على بقاء الاصطلاح في حق العدم بقوله إذ في نقضه : يعني الاصطلاح في حق العدم فساد العقد ، وفيه نظر لأنه مدعى الخصم ولو ضم إلى ذلك والأصل حمله على الصحة كان له أن يقول الأصل حل العقد عابياً مطلقاً أو في غير الربويات ، والأول ممنوع والثاني لا يفيد (قوله فصار كالجوزة بالجوزتين) بيان لانفكاك العدديتين عن

(قوله واستدل على بقاء الاصطلاح الخ) أقول : لك أن تقول ليس قصد المصنف بذلك الاستدلال بل المبالغة فليست (قوله والأول ممنوع الخ) أقول : الظاهر أنه لا مجال للفتح ، فإن الأصل في جميع العقود هو الحمل على الصحة ما أمكن الحمل عليها خلاصاً لأمر المسلمين على

بمخلاف النقود لأنها للثمنية خلقة ، وبمخلاف ما إذا كانا بغير أعيانها لأنه كالي* بالكالي* وقد نهى عنه ، وبمخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء .

الدرهم بالدرهمين . ولهما أن ثمنيتها في حقهما ثبتت باصطلاحهما إذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما ، وإذا بطلت الثمنية تحينت بالتعيين لصيرورتها عروضاً . اعترض عليه بأن الفلوس إذا كسدت باصطلاح الكل لا تكون ثمنًا باصطلاح المتعاقدين فيجب أن لا تصير عروضاً باصطلاح المتعاقدين مع اتفاق من سواهما على ثمنيتها . أجيب بأن الفلوس في الأصل عروض ، فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد كان على خلاف الأصل فلا يجوز أن تصير ثمنًا باصطلاحهما لوقوع اصطلاحهما على خلاف الأصل وبخلاف الناس . وأما إذا اصطلاحا على كونها عروضاً فهو على الأصل فيجوز وإن كان من سواهما على الثمنية . وقوله ولا يعود وزنيا وإن صار عروضاً جواب عما يقال يلزم أن لا يجوز بيع فلس بفلسين لأنه حينئذ بيع قطعة نحاس بقطعتين بغير وزن ، فأجاب بأن الاصطلاح كان على أمرين الثمنية والعندية . واصطلاحهما على إهدار ثمنيتها لا يستلزم إهدار العندية ، فإنه لا تلازم بين عدم الثمنية وعدم العندية بعد ثبوت الثمنية مع عدم العندية كالنقدين والعندية مع عدم الثمنية كالجوز والبيض . وبمخلاف الدرهم بالدرهمين لأن النقود للثمنية خلقة ، وبمخلاف ما إذا كانا بغير عينها لأنه بيع الكالي* بالكالي* وقد نهى عنه ، ولا يخفى ضعف قوله لأن الجنس بانفراده يحرم النساء ، وإنما يتم لو كان كون المبيع أو الثمن بغير عينه يستلزم النسبة وليس كذلك ، ألا ترى أن البيع بالنقود بيع بما ليس بعمين ويكون مع ذلك حالاً فكونه بغير عينه ليس معناه نسبية ، وبمخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه لأن الجنس بانفراده يحرم النساء . والكالي* بالكالي* قال أبو عبيدة : هو النسبة بالنسبة . وفي الفائق : كل الدين بالرفع كالأ فوه كالي* إذا تأخر . قال الشاعر :

• وعينه كالكالي* الضمار • يهجو رجلاً يريد بعينه عطيته المحاضرة كالتأخر الذي لا يرجى ، ومنه كالأ الله بك أكلأ العمر : أى أكثره تأخراً ، وتكلاأت كالأ : أى استنسات نسبية . وحديث النهى عن الكالي* بالكالي* رواه ابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه والبخاري في مسانيدهم من حديث موسى بن عبيدة بن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يباع كالي* بكالي* » وضعفه أحمد بن حنبل بموسى بن عبيدة فقيل له إن شعبة يروى عنه ، فقال : لو رأى شعبة ما رأيت أنه لم يروعه . ورواه عبد الرزاق عن إبراهيم بن أبي يحيى الأبلسي عن عبد الله بن دينار وضعفه بالألسي . ورواه الحاكم والدارقطني عن موسى ابن عتبة عن نافع عن ابن عمر وصححه الحاكم على شرط مسلم ، وغلطهما البيهقي وقال : إنما هو موسى بن عبيدة الزبيدي . ورواه الطبراني من حديث رافع بن خديج في حديث طويل وعن كالي* بكالي* . والحديث لا ينزل عن

الثمنية . وقوله (بمخلاف النقود) جواب عن قوله كبيع الدرهم بالدرهمين لأنها للثمنية خلقة لا اصطلاحاً فلا تبطل باصطلاحهما . وقوله (وبمخلاف) جواب عما يقال كما إذا كان بغير أعيانها فإن ذلك لم يميز لكونه كالنكالي* : أى نسبية بنسبية وهو منهى عنه (قوله وبمخلاف ما إذا كان أحدهما بغير عينه) جواب عن القسمين الباقيين ، لأن

الصلاح وتحسين الظن بهم ، ولا يخفى عليك إمكان حله عليها هنا فإن الوزن ليس منصوباً عليه فيالناس ، وللمصارف والمكوكشركة تارة يكون بالمد وتارة بالوزن فليقل (قال المصنف : لأنه كالي* بالكالي* وقد نهى عنه) أقول : روى من رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنه نهى عن الكالي* بالكالي* . قال أبو عبيدة : هو النسبة بالنسبة . وقال صاحب الفائق : كل الدين كلوما فهو كالي* : إذا تأخر ، ومنه كالأ الله بك أكلأ العمر : أى أطوله وأشد تأخراً ، وكلاؤه : أى أماته ، وكلاؤ في الطعام : أى أسلفته .

قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق) لأن المجاسة باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة والمعيار فيها الكيل ، لكن الكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل (ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) لتحقق الشرط

الحسن بلا شك (قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) أى دقيقها بوجه من الوجوه (ولا بالسويق) أى سويق الحنطة . أما سويق الشعير فيجوز لأن غاية ما يستلزم شبهة التفاضل . وحقيقته جائزة لاختلاف الجنس فضلا عن شبهته . وإنما امتنع لأن المجاسة بين الحنطة ودقيقها وإن انضفت أصبا وصورة ومعنى موجودة فإن المقصود من الحنطة من نحو الهريسة والمقلوبة وإخراج النشا منتف في الدقيق فهي باقية من وجه لأنهما من أجزاء الحنطة ، وإنما لم يقل أجزاؤها لأن من أجزائها النخالة أيضا فالحنطة كسرت على أجزاء صغارا ، وذلك لا ينفى المجاسة والمعيار في كل من الحنطة والدقيق والسويق الكيل ، والكيل لا يوجب التسوية بينهما لأن يعارض ذلك التكسير صارت أجزاؤها مكتنزة (فيه) أى في الكيل : أى مضممة انضماما شديدا ، والقمح في الكيل ليس كذلك فلا يتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل ، فصار بيع أحدهما بالآخر كيلا كببيع الجراف لذلك الاحتمال ، وجرمة الربا إنما كانت منتهية بالعلم بالمساواة إلا فيها لاعتبار به مثل أن يتفق كبس في كيل هذه الحنطة لم يتفق قناره سواء في الأخرى ، فإذا لم يتحقق العلم بها صارت منتزعة بالضرورة (فلا يجوز وإن كانت كيلا بكيل) مساو ، وقولنا قول الشافعي في الأطر عته ، وسفيان الثوري وأحد في رواية خلافا لمالك وأحمد في أظهر قوله ، لأن الدقيق نفس الحنطة فرقت أجزاؤها فأشبه بيع حنطة صغيرة جدا بكبيرة جدا ، وما ذكرناه من عروض الجهل بالمساواة بعروض الطحن يدفعه . وبيع النخالة بالدقيق على هذا الخلاف ، إلا أن الشافعي أجازها لأن النخالة ليست من أموال الربا لأنها لا تطعم . وقولنا المعيار في الحنطة لا يرد به إلا فيما إذا بيع بجنسه ، أما بالدرهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدرهم وكذا الدقيق وغير ذلك (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا) وهو قول أحمد ، وكذا استقرضه كيلا والسلم فيه كيلا ، ومنع الشافعي بيع الدقيق بالدقيق لأنه لا يمتثل في الكيل لأنه ينكس بالكبس فلا يتحقق التساوى في الكيل ، ونحن نمنع كونه لا يعلم بل يعلم ، وما يتوهم من التفاوت بالكبس يتوهم مثله في كيل القمح وقد سقط اعتباره . وفي الأخيرة عن الإمام الفضل : إنما يجوز إذا تساوى كيلا إذا كانا

عدم الجواز ثمة باعتبار أن الجنس بانفراده يجرم النساء . قال (ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق) بيع الحنطة بالدقيق أو بالسويق لا يجوز متساويا ولا متفاضلا لشبه الربا لأنهما مكيلا ، والمجاسة باقية من وجه لأنهما أى الدقيق والسويق من أجزاء الحنطة لأن الطحن لم يؤثر إلا في تفريق الأجزاء ، والمجتمع لا يصير بالتفريق شيئا آخر زائلة من وجه ، لأن اختلاف الجنس باختلاف الاسم والصورة والمعاني كما بين الحنطة والشعير وقد زال الاسم وهو ظاهر وتبدلت الصورة واختلفت المعاني ، فإن ما يمتنع من الحنطة لا يمتنع من الدقيق ، فإنها تصلح لأخذ الكشك والهريسة وغيرها دون الدقيق والسويق . وربما الفضل بين الحنطة والحنطة كان ثابتا قبل الطحن وبصيرورته دقيقا زالت المجاسة من وجه دون وجه ، فوقع الشك في زواله واليقين لا يزول بالشك . فإن قيل : لا يخاف إما أن يكون الدقيق حنطة أولا ، والثاني يوجب الجواز متساويا ومتفاضلا لمعالة ، والأول يوجب الجواز إذا كان متساويا كذلك . أجاب بأن المساواة إنما تكون بالكيل والكيل غير مسو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فصار

(قال للصف : لأنهما من أجزاء الحنطة) أقول : وإنما لم يقل أجزاؤها لأن من أجزائها النخالة أيضا .

(وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند أبي حنيفة متفاضلا ، ولا متساويا لأنه لا يجوز بيع الدقيق بالقمية ولا بيع السويق بالحنطة ، فكذا بيع أجزائها لقيام المحابسة من وجه . وعندما يجوز لأتباعهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود .

مكبوسين وهو حسن ، ولفظ متساويا نصب على الحال ، ونصب كيلا على التمييز وهو تمييز نسبة مثل تصيب عرقا والأصل متساويا كيلا . وفي بيع الدقيق بالدقيق وزنا ورايتان ، وفي الخلاصة : لم يذكر غير رواية المنع فقال في جنس آخر في الزرع والثمار ، وكذا بيع الدقيق بالدقيق وزنا لا يجوز وفيها أيضا سواء كان أحد الدقيقين أخشن أو أدق ، وكذا بيع النخالة بالنخالة . وفي شرح أبي نصر : يجوز بيع الدقيق بالدقيق إذا كانا على صفة واحدة من النعومة . والذي في الخلاصة أحسن لإصدار ذلك القدر من زيادة النعومة ، وبيع الدقيق المنخول بغير المنخول لا يجوز إلا . مماثلا ، وبيع النخالة بالدقيق يجوز بطريق الاعتبار عند أبي يوسف بأن كانت النخالة الخالصة أكثر من النخالة التي في الدقيق . ثم قال المصنف (وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز) أى لا يجوز بيع دقيق نوع من الحنطة أو الشعير بسويق ذلك النوع عند أبي حنيفة متفاضلا ولا متساويا ، أما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه (وعندما يجوز) بيع الدقيق بالسويق متساويا ومتفاضلا (لأتباعهما) أى دقيق الحنطة وسويقها مثلا (جنسان) وإن رجعا إلى أصل واحد (لاختلاف المقصود) اختلافا كثيرا بعد القلي والطحن فإن المقاصد من الدقيق مثل أن يصنع

كالخافزة في إحمال الزيادة (فلا يجوز وإن كان كيلا بكيل) قبل حرمة الربا حرمة تنهاى بالمساواة في الأصل ، وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع تثبت حرمة لاتنهاى فصار مثلظهار الذى على ما عرف . وأجيب بأن حرمة الربا تنهاى بالمساواة في الحنطة أو في الشبة ، والثاني ممنوع فإن حرمة النساء لاتنهاى بالمساواة ، والأول مسلم لكن مانحن فيه من الثاني . ويجوز أن يقال : الحرمة تنهاى بالمساواة فلا بد من تحققها ، وفيما نحن فيه لانتحقق . ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا كيلا بكيل لتحقيق الشرط وهو وجود المسوى ومتساويا وكيلا بكيل ، قبل حالان متداخلان ، لأن العامل في الأول بيع وفي الثاني متساويا ، ويجوز أن يكونا مترادفين . وفائدة ذكر الثانية نفي توهم جواز المساواة وزنا . حكى عن الشيخ الإمام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله أن بيع الدقيق بالدقيق إذا تساوى كيلا إنما يجوز إذا كانا مكبوسين ، ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق عند أبي حنيفة متساويا ولا متفاضلا ، لأن الدقيق أجزاء حنطة غير مقايمة والسويق أجزاءها مقايمة ، فكما لا يجوز بيع أجزاء بعض بالآخر لقيام المحابسة من وجه فكذا لا يجوز بيع أجزاء بعض بأجزاء بعض آخر . وعندما يجوز لأتباعهما جنسان لاختلاف المقصود

(قال المصنف : فكذا بيع أجزائها) أقول : كان الظاهر أن يقول : فكذا بأجزائها ، إلا أنه عدل إلى هذا إشارة إلى أنها مبيعة أيضا في أفعال هذا البيع (قوله وأجيب بأن حرمة الربا تنهاى بالمساواة في الحنطة أو في الشبة) أقول : قوله في الحنطة أو في الشبة يحتمل أن يكون قيدا للمساواة ، ففي قوله فإن حرمة النساء لا تنهاى بالمساواة : أى بشبهة المساواة إلى في النساء لاستنزام شبهة الفضل شبهة المساواة أيضا ، ويحتمل أن يكون قيدا للربا وهو الأنسب بقوله فإن حرمة النساء ألغ ، والأول أقرب فليتأمل ؛ وأنت خير بأن قوله ويجوز أن يقال ألغ يمين الإحتمال الثاني وإلا لزم التكرار (قوله ويجوز أن يقال الحرمة تنهاى بالمساواة فلا بد من تحققها ألغ) أقول : بأن يكون كلا البديلين نسيئة ، فإنه لا يجوز لزوم الكال بالكال (قوله ومتساويا وكيلا بكيل حالان متداخلان) أقول : فكيف يلبنى أن يكون معنى مكيلين لكن الظاهر عنى أن انتصاب كيلا على التمييز أى متساويا كيلا تأمل ، وسيجىء من الشارح تفسير كيلا بقوله أى من حيث الكيل في شرح قوله « والرطب بالرطب » يجوز مماثلا كيلا فذلك كالنصرح بكون كيلا تمييزا (قوله لقيام المحابسة من وجه) أقول : مع انتفاء المستوى (قوله بأجزاء بعض آخر) أقول : لذلك أيضا (قوله لأتباعهما جنسان لاختلاف المقصود) أقول : لا يقال : اختلافا للمقاصد

قلنا : معظم المقصود وهو التغذى يشملهما فلا يبالى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعاكة بالمسوسة . قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : إذا باعه بأحدهم من جنسه لا يجوز

خبراً أو عصيداً أو طرية وهو شبه الرثنا لايتأى من السويق ، كما أن مايقصد بالسويق وهو أن يذاب مع عسل ويشرب أو يلت بسمن وعسل ويؤكل لايتأى من اللقيق ، وإذا كانا جنسين جاز بيع أحدهما بالآخر متساويا ومتفاضلا . وأبو حنيفة يمنع أنهما جنسان وله طريقان : أحدهما أن بيع الحنطة المقلية بالحنطة غير المقلية لايجوز اتفاقا ، وذلك ليس إلا باعتبار اتحاد الجنس : وعدم العلم بالتساوى مع مساواة الكيل لاكتناز أحدهما فيه دون الآخر ، والدقيق أجزاء غير المقلية والسويق أجزاء المقلية ، ولم يزد الدقيق على الحنطة إلا بتكسره بالطحن ، وكذا الآخر وذلك لايجب اختلاف الجنس بعد اتحاده . والثاني وعليه اقتصر المصنف أن بيع الحنطة غير المقلية بالسويق لايجوز ، وكذا بيع الحنطة المقلية بالدقيق ، وليس ذلك إلا لاستزاه ربا الفضل وربا الفضل لا يثبت إلا مع المجانسة فكانت المجانسة ثابتة بين السويق والحنطة والدقيق أجزاء الحنطة فنثبت المجانسة بين الدقيق والسويق ثم يمنع العلم بمساواة البيوع مطلقا . قولهم اختلفت المقاصد وذلك اختلاف الجنس (قلنا أعظم المقاصد) هي متحدة فيه (وهو التغذى فلا يبالى بفوات بعضها) الذى هو دون المقصد الأعظم لبديل الحكم بإيجاد الجنس في الحنطة المقلية وغير المقلية حتى امتنع بيع أحدهما بالآخر كما ذكرناه بسبب اتحادهما في ذلك المقصود الأعظم مع فوات ما دونه من المقاصد ، فإن المقلية لاتصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز (و) كذا (العلكة) أى الجليدة السائلة من السوس (مع المسوسة) ومع ذلك جعلنا جنسا واحدا غير أن المسوسة يجوز بيعها بالعلكة كيلا متساويا ، والمقلية مع غير المقلية لايجوز لما ذكرنا من أن الكيل لايسوى بينهما . فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا . قيل يجوز إذا تساويا وزنا ذكره في النخيرة . وقيل لا وعليه عول في الميسوط : وجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والأول أولى . ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست : أى أدخلت السوس فيها (قوله ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف) سواء كان اللحم من جنس ذلك

إذ هو بالدقيق اتحاد الخبز والعصائد ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق بل المقصود به أن يلت بالسمن أو العسل أو يشرب بالماء ، وكذلك الاسم وإذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يدا بيده . والجواب أن معظم المقصود وهو التغذى يشملهما وفوات البعض لا يضر كالمقلية بغير المقلية (والعلكة بالمسوسة) التى أكلها السوس والمقلية هي المشوية من قلى يقلى إذا شوى ، ويجوز مقلوة من فلا يقلى ، والعلكة هي الجليدة التى تكون كالعلك من صلابتها تمتد من غير انقطاع ، والمسوسة المثة وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام ، ومنحنطة مسوسة بكسر الواو المشددة . قال (ويجوز بيع اللحم بالحيوان) بيع اللحم بالحيوان على وجهه : منها ما إذا باعه بحيوان من غير جنسه كما إذا باع لحم البقر بالشاة مثلا وهو جائز بالاتفاق من غير اعتبار القلة والكثرة كما في الصمان المختلفة على ماتين . ومنها ما إذا باعه الحيوان من جنسه كما إذا باع لحم الشاة بالشاة لكنها مذبوحة مفصولة عن السقط ، وهو جائز بالاتفاق إن كانا متساويين في الوزن . وإلا فلا . ومنها ما إذا باعه بجنسه مذبوحة غير مفصول عن السقط ، وهو لايجوز إلا أن يكون اللحم المفصول أكثر وهو أيضا بالاتفاق . ومنها ما إذا باعه بجنسه حيا وهو مسألة

حاصل في الحنطة مع اللقيق مع أنها جملها متحدة الجنس من وجه ، إذ الحنطة اتفاقية ، فإلها هنا لم يخلأ اللقيق والسويق كذلك لأن الحنطة إذا قلت صارت بالقل كأنها جنس آخر لا يختلف المقاصد ، وإذا فرقت الأجزاء يصير للفرقة غير المجتبع أيضا من وجه ، ففى الحنطة مع اللقيق سبب الاختلاف من وجه حاصل مرة ، وفى اللقيق مع السويق مرتين فافترقا فليأكل .

إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط . إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم فصار كالحل بالسمسم . ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون ، السقط والردي .

الحیوان أو لا مساویا لما فی الحیوان أو لا بشرط التعین ، أما بالنسبة فلا امتناع السلم فی الحیوان واللحم . وفصل محمد رحمه الله فقال : إن باعه بلحم غیر جنسه كلحم البقرة بالشاة الحية . ولحم الخنزير بالبقرة الحية يجوز كيفما كان . وإن كان من جنسه كلحم شاة بشاة حية فشرطه أن يكون اللحم المفرز أكثر من اللحم الذي في الشاة ليكون لحم الشاة بمقابلة مثله من اللحم . وباقي اللحم (بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربا) إما لزيادة السقط إن كان اللحم المفرز مثل ما في الحیوان من اللحم ، أو لزيادة اللحم إن كان اللحم أقل مما في الشاة فصار كبيع الحل بالمهملة وهو دهن السمسم لا يجوز إلا على ذلك الاعتبار ، والمراد بالسقط ما يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والعلاق والجلد والأكارع ، ولو كانت الشاة مذبوحة مسلوخة جاز إذا تساوى وزنا بالإجماع ، والمراد بالمسلوخة المفصولة من السقط ، وإن كانت بسقطها لا يجوز إلا على الاعتبار . ولو باع شاة مذبوحة بشاة حية يجوز عند الكل . أما عندهما فظاهر لأنه لو اشتراها باللحم جاز كيفما كان فكذلك إذا اشتراها بشاة مذبوحة ، وأما على قول محمد فأنما يجوز لأنه لحم بلحم وزيادة اللحم في أحدهما مع سقطها يلزاه السقط ، وعلى هذا شاتان مذبوحتان غير مسلوختين بشاة مذبوحة لم تسلم يجوز ، لأن اللحم بمثله وزيادة لحم الشاة يلزاه الجلد ونحوه . فالمراد هنا من المسلوخة وغيرها باعتبار الجلد وعظمه . وقال مالك والشافعي وأحمد رحمهم الله : لا يجوز بيع اللحم بالحیوان أصلا لا بطريق الاعتبار ولا بغيره ، خلافا للمزني من أصحاب الشافعي فإنه قال كقول أبي حنيفة وأبي يوسف . ولو باعه بلحم غیر جنسه كلحم البقرة بشاة فقال مالك وأحمد يجوز ، وللشافعي قولان والأصح لا يصح لمعوم نبيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحیوان . وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في الإطلاق (أنه باع موزونا بما ليس بموزون) فغايته اتحاد الجنس كما قال محمد باعتبار ما في الضمين كالعصير مع العنب واللبن مع اللبن ،

الكتاب وهو جائز عند محمد (إلا إذا كان اللحم المفرز أكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط إذ لو لم يكن كذلك لتحقق الربا) إما (من حيث زيادة السقط أو من حيث زيادة اللحم) . والقياس معه لوجود الجنسية باعتبار ما في الضمين (فصار كالحل) أي الشيرج (بالسمسم . ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون) لأن اللحم موزون لا محالة ، والحیوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله وخفته بالوزن ، لأنه يخفف نفسه مرة ويثقل أخرى يضرب قوة فيه فلا يدري أن الشاة خففت نفسها أو ثقلت ، بخلاف مسألة الحل بالسمسم لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين التجير يوزن التجير وهو ثقله ، وهذا في الحقيقة جواب عما يقال إن السمسم لا يوزن عادة كالحیوان فقال لكن يمكن معرفته بالوزن ولا كذلك الحیوان ، والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل والسمسم عند التمييز بين الدهن والتجير ولا يشمل اللحم والحیوان بحال ، وهذا لأن الحل والسمسم يوزن أن ثم يميز التجير ويوزن فيعرف قدر الحل من السمسم ، والحیوان لا يوزن في الابتداء حتى .

(قوله والذي يظهر من ذلك أن الوزن يشمل الحل الخ) أقول : أي وزن السمسم في الحال عند المباشرة يشمل : أي يظهر شوله إياها عنه الشيرج (قوله وهذا لأن السمسم يوزن الخ) أقول : أي يوزن الحل الذي جعل مبيعا فمثل مقداره ويوزن السمسم الذي جعل في مقابله ويعلم قدره أيضا فيحتمل استخراج اللعنة من السمسم فيوزن التجير فيد الملم بمقدار التجير يعرف قدر الحل المستخرج من غير احتياج إلى وزنه ثانيا ، بل يكفي الوزن الأول للسمسم لتلك المعلقة ، فلعل المراد من تعريف الوزن إياه في الحال هو هذا .

لأن الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لأنه يخفف نفسه مرة بصلابته ويثقل أخرى. بخلاف تلك المسئلة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا ميز بينه وبين التيجير^(١). ويوزن التيجير. قال (ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبي حنيفة) وقالوا: لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عنه «أو ينقص إذا جف؟» ف قيل نعم، فقال عليه الصلاة والسلام: لا إذا»

لكن اتحاده مع اختلاف المقدّر به إنما يمنع به النساء فقلنا بشرط التحيين ولا يجوز النساء فيه. وإنما قلنا إن الحيوان ليس بموزون (لأنه لا يوزن عادة) فليس فيه أحد المقدرين الشرعيين الوزن أو الكيل، لأن الحيوان لا يعرف قدر ثقله بالوزن لأنه يثقل نفسه ويخففها فلا يدري حاله، بخلاف الدهن والسمسم (لأن الوزن يعرف قدر الدهن إذا ميز من التيجير) ثم يوزن التيجير هذا على التزلز ولا فهما على ما قال غير المصنف يعتبران لحم الشاة مع الشاة الحية جنسين أخذنا من قوله تعالى: «فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر» أي بعد تنفخ الروح، فعلم أن الحي مع الجماد جنسان فيجوز بيع أحدهما بالآخر من غير اعتبار. وإنما امتنع النساء لأنه حيث قد سلم وهو لا يجوز كما قلناه. وأعلم أن السمع ظاهر في منع بيع اللحم بالحيوان، ومنه ضعيف وقوي، فمن القوى ما رواه مالك في الموطأ وأبو داود في المراسيل عن زيد بن أسلم عن سعيد بن المسيب «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان». وفي لفظه نهى عن بيع الحي بالميت. ومرسل سعيد مقبول بالاتفاق. وقال ابن خزيمة: حدثنا أحمد بن حفص السلمي، حدثني أبي، حدثني إبراهيم بن علقمان عن الحجاج بن حجاج عن قتادة عن الحسن عن سمرة بن جهمع. قال البيهقي: إسناده صحيح، ومن أثبت سماع الحسن من سمرة عنه موصولا ومن لم يثبت فهو مرسل جيد. وأنت تعلم أن المرسل عندنا حجة مطلقا. وأسند الشافعي إلى رجل مجهول من أهل المدينة أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع حي ميت وأسند أيضا عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه «أنه نهى عن بيع اللحم بالحيوان» وبسنده إلى القاسم بن محمد وعروة بن الزبير وأبي بكر بن عبد الرحمن أنهم كرهوا ذلك وهؤلاء تابعون، وحديث أبي بكر رضي الله عنه لعله بالمعنى، فإن مشايخنا ذكروه عن ابن عباس رضي الله عنهما أن جزورا نحر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء أعرابي بعنقه فقال: أعطوني بهذا العناق لحما، فقال أبو بكر رضي الله عنه: لا يصح هذا. وتأولوه على أنه كان من إبل الصدقة نحر ليتصدق به (قوله ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند أبي حنيفة)

إذا ذبح ووزن السقط وهو ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالجلد والكروش والأمعاء وغيرها يعرف به قدر اللحم، فكان بيع اللحم به بيع موزون بما ليس بموزون. وفي ذلك اختلاف الجنتين أيضا، فإن اللحم غير حساس والحية حساس متحرك بالإرادة والبيع فيه جائز متفاضلا بعد أن يكون يدا بيد. فإن قيل: إذا اختلف الجنسان ولم يشملهما الوزن جاز البيع نسبية وليس كذلك: أجيب بأن النسبية إن كانت في الشاة الحية فهو سلم في الحيوان، وإن كانت في البئيل الآخر فهو سلم في اللحم وكلاهما لا يجوز (قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل) بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز بالإجماع، ومثلا بمثل يجوز أبو حنيفة خاصة (وقالا: لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث سعد بن أبي وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر) وقال (أينقص إذا جف؟) ف قيل نعم، قال: لا إذا أي لا يجوز على تقدير التقصان بالخفاف. وفيه إشارة إلى اشتراط المائلة في أعدل الأحوال وهو ما بعد الخفاف وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك (قوله فقال عليه الصلاة والسلام) هو الدليل: ولا في حنيفة

(قوله وفي ذلك اختلاف الجنتين أيضا الخ) أقول: هذا طريق آخر لما لإثبات معلوما (قوله لا إذا) أقول: يقول قول لقوله عليه الصلاة والسلام.

وله أن الرطب تمر لقوله عليه الصلاة والسلام حين أهدى إليه رطب « أوكل تمر خبير هكذا » سواء تمرا . وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ، ولأنه لو كان تمرا جاز البيع بأول الحديث . وإن كان غير تمر فأخبره ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام

وقال أبو سوسف ومحمد ومالك والشافعي وأحمد رحمهم الله : لا يجوز . فقد تردد أبو حنيفة بالقول بالجواز . وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا ميتالا للجماعة قوله صلى الله عليه وسلم فيها روى مالك في الموطأ عن عبد الله بن يزيد مولى الأسود بن سفيان عن زيد بن عياش عن سعد بن أبي وقاص أنه سئل عن البيضاء بالسلت ، فقال سعد : أيهما أفضل ؟ قال البيضاء . فنهاه عن ذلك وقال : « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسئل عن شراء التمر بالرطب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أن ينقص الرطب إذا جف ؟ قال نعم ، فنهاه عن ذلك » فهذا حكم منه فيه على علته وهو كونه ينقص في أحد البديلين في ثاني الحال عن المساواة . ومن طريق مالك رواه أصحاب السنن الأربعة . وقال الترمذي : حديث حسن صحيح (ولأن حنيفة رضى الله عنه أن الرطب تمر لقوله صلى الله عليه وسلم حين أهدى له رطب « أوكل تمر خبير هكذا » سواء) أى سعى الرطب (تمرا) وهذا إنما يتم إذا كان المهلى رطبا وليس كذلك بل كان تمرا . أخرج الشيخان في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أخا بنى عدى الأنصارى رضى الله عنه فاستعمله على خبير ، فقدم بتمر جنب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أكل تمر خبير هكذا ؟ فقال لا والله يا رسول الله ، إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين من الجمع ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا تفعلوا ولكن مثلا بمثل ، أو يبعوا هذا واشتروا بشمه من هذا » وكذلك الميزان . ولفظ آخره إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة ، فقال : لا تفعل بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنبيا » والجمع أصناف مجموعة من التمر . وما ادعاه بعض الخلفاء فيمن حلف لا يأكل تمرا فأكل رطبا أنه بحث فليس كذلك ، بل للمذهب أنه لا يبحث لأن مبناها على العرف ، وسند ذكر تمامه . ثم قال المصنف (ولأنه إن كان تمرا) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكانوا أشداه عليه لخالفته الخبر ، فسألوه عن التمر فقال : الرطب إما أن يكون تمرا أو لم يكن . فإن كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم « التمر بالتمر » وإن لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف النوعان

المنقول والمعقول . أما الأول « فلأنه صلى الله عليه وسلم سعى الرطب تمر حين أهدى رطبا فقال : أو كل تمر خبير هكذا ؟ » وبيع التمر بمثله جائز لما روينا من حديث المشهور ، وأما المعقول فما روى أن أبا حنيفة رحمه الله لما دخل بغداد سئل عن هذه المسئلة وكانوا شديداه عليه لخالفته الخبر فاحتج بأن الرطب لا يخافو إما أن يكون تمرا أو لا ، فإن كان تمرا جاز العقد بأول الحديث : يعنى قوله « التمر بالتمر » وإن لم يكن جاز بقوله « إذا اختلف النوعان فيبيعوا كيف شئتم » فأورد عليه حديث سعد فقال : هذا الحديث دار على زيد بن عياش وهو ضعيف في الثقة . واستحسن أهل الحديث منه هذا الطعن . سلمنا قوته في الحديث لكنه خبر واحد لا يعارض به المشهور . واعترض بأن التردد المذكور يقتضى جواز بيع المقلية بغير المقلية لأن المقلية إما أن تكون حنطة فتجوز بأول الحديث أو لا فتجوز بآخره . فنهى من قال ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم والحجة لاتم به بل بما بينا من إطلاق اسم التمر عليه ، فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خازجة من النخل من حيث تتعقد صورتها إلى أن تترك ، والرطب اسم لنوع منه كالبرنى وغيره ، ويجوز أن يقال إنه حنطة (قوله فيجوز بأول الحديث) قلنا : إنما جاز أن لو ثبت

(قوله فأورد عليه حديث سعيد) أقول : الظاهر أن يقال سعد (قوله من إطلاق اسم التمر عليه) أقول : أنه اسم التمر .

وإذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ، ومدار ما رواه على زيد بن عياش وهو ضعيف عند الثقة .

فبيعوا كيف شئتم ، فأورد عليه الحديث ، فقال : هذا الحديث دائر على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه . وأهدله المصنف بقوله (ضعيف عند الثقة) وغنط بعض الشارحين المصنف في قوله زيد بن عياش فإن المذكور في كتب الحديث زيد أبو عياش . وتبع في ذلك الشيخ علاء الدين مغلطى . قال الإمام الزيلعي المخرج رحمه الله : ليس ذلك بصحيح . قال صاحب التنقيح : زيد بن عياش أبو عياش الدورى . ويقال المخزومى ، ويقال مولى بنى زهرة المدنى ليس به بأس . وغير مشايخناذكروا أن أبا حنيفة إنما قال هو مجهول ، وقد ردّ تردده بين كونه تمراً أولاً بأن هذا قسمًا ثالثاً وهو كونه من الجنس ولا يجوز بيعه بالآخر كالخطة المقلية بغير المقلية لعدم تسوية الكيل بينهما ، فكذا الرطب بالتمر لا يسويهما الكيل ، وإنما يسوى في حال اعتدال البديلين وهو أن يصف الآخر . وأبو حنيفة يمنه ويعتبر التساوى حال العقد وعروض النقص بعد ذلك لا يمنع مع المساواة في الحال إذا كان موجه أمراً خلقياً وهو زيادة الرطوبة ، بخلاف المقلية بغيرها فإنما في الحال نحكم بعدم التساوى لاستنزأ أحدهما في الكيل ، بخلاف الآخر لتخلخل كثير وردّ طمعه في أبي عياش أيضاً بأنه ثقة كما نقلنا آنفاً من قول صاحب التنقيح ، وأيضاً روى عنه مالك في الموطأ وهو لا يروى عن رجل مجهول . وقال المنبرى : كيف يكون مجهولاً وقد روى عنه اثنتان ثقتان عبد الله بن زيد مولى الأسود بن سفيان وعمران بن أبي أسى وهما ممن احتج بهما مسلم في صحيحه ، وقد عرفه أئمة هذا الشأن ، وقد أخرج حديثه مالك في الموطأ مع شدة تحريجه في الرجال . وقال ابن الجوزى في التحقيق : قال الإمام أبو حنيفة : زيد أبو عياش مجهول ، فإن كان هو لم يعرفه فقد عرفه أئمة النقل ، ثم ذكر ما ذكرنا . وقد أجيب أيضاً بأنه بتقدير صحة السند فالمراد النهى عنه نسبية ، فإنه ثبت في حديث أبي عياش هذا زيادة نسبية ، أخرجه أبو داود في سننه عن يحيى بن أبي كثير عن عبد الله بن يزيد أن أبا عياش أخبره أنه سمع سعد بن أبي وقاص رضى الله عنه يقول : «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالرطب نسبية» وبهذا اللفظ رواه الحاكم وسكت عنه ، وكذا رواه الطحاوى في شرح الآثار ، ورواه الدارقطنى وقال : اجتمع هؤلاء الأربعة على خلاف ما رواه ابن أبي كثير يدل على ضبطهم للحديث يريد بالأربعة مالكا وإسماعيل بن أبي أمية والضحاك بن عثمان وآخر ، وأنت تعلم أن بعد صحة هذه الزيادة يجب قبولها لأن المذهب المختار عند المحققين قبول الزيادة وإن كان الأكثر لم يوردها إلا في زيادة تفرد بها بعض الرواة الحاضرين في مجلس واحد ، ومثلهم لا يغفل عن مثلها فإنها مرسودة على ما كتبناه في تحرير الأصول ، وما نحن فيه لم يثبت أنه زيادة لما في مجلس واحد اجتمعوا فيه فسمع هذا ما لم يسمع المشاركون له في ذلك المجلس بالسماع ، فما لم يظهر أن الحال كذلك فالأصل أنه قاله في مجالس ذكر في بعضها ما تركه في آخر والله الموفق ، لكن يبقى قوله في تلك الرواية الصحيحة أن ينقص الرطب إذا جف عريا عن الفائلة إذا كان النهى عنه نسبية . وما ذكرنا أن فائدته أن الرطب ينقص إلى أن يحل الأجل فلا يكون في هذا التصرف منفعة للقيم باعتبار نقصان عند الإخفاف

المائلة بينهما كيلا ، ولا يثبت لما قيل إن القلى صنعة يرم عليها الأعراض ، فصار كمن باع قفيرا بقفير وحرما . لا يقال ذلك راجع إلى التفاوت في الصفة وهو ساقط بالجوذة ، لكن التفاوت الرجوع إلى صنع الله ساقط بالحديث . وأما الرجوع إلى صنع العباد فمعتبر بدليل اعتباره بين التقيد والنسبية ، فكل تفاوت ينبئ على صنع العباد فهو مفسد كما في المقلية بغيرها والخطة بالذبيق ، وكل تفاوت خلقى فهو ساقط العبرة كما في الرطب والتمر والجيد والردى .

قال (وكذا العنب بالزبيب) يعنى على الخلاف والوجه ما بيناه : وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطة المقلية بغير المقلية ، والرطب بالرطب يجوز ماثلا كيلا عندنا لأنه بيع التمر بالتمر ، وكذا بيع الخطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو باليابسة . أو التمر أو الزبيب المنقع بالمنقع منها ماثلا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال ، وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال ،

فمنه على طريق الإشفاق مبنى على أن السائل كان ولي يقيم ولا دليل عليه (قوله وكذا العنب بالزبيب : يعنى على الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوى كيلا وعندهما لا يجوز . وقوله (والوجه ما بيناه) لهما يعنى في منع بيع الرطب بالتمر وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أبتقص إذا جف » باعتبار اشتباهه على العلة المنبهة عليها . ولأبي حنيفة أن الزبيب إما من جنس العنب فيجوز متساويا أو لا فيجوز مطلقا . ونقل القلورى في التقریب عن أبي جعفر أن جواز بيع الزبيب بالعنب قولهم جميعا . وذكر أبو الحسن أن عندهما لا يجوز إلا على الاعتبار ، فقال المصنف (وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطة المقلية بغير المقلية) فإنه لا يجوز البيع لأن القلى كائن بصنع العباد فتعلم الطائفة التي كانت الخطة بها مثلية ، بخلاف التفاوت الحاصل بأصل الخلقة كالرطب مع التمر والعنب مع الزبيب لا يعتبر فهذا هو الأصل ، فصار في بيع العنب بالزبيب أربع روايات : لا يجوز اتفاقا ، يجوز اتفاقا وهي رواية أبي جعفر على الخلاف وهي رواية الكتاب ، يجوز عنده ، وعندهما لا يجوز إلا على الاعتبار لأن الزبيب موجود في العنب فصار كالزيت بالزيتون . والفرق لأبي حنيفة على رواية المنع بين العنب بالزبيب وجواز الرطب بالتمر أن الاستعمال ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب ولم يرد مثل هذا في الزبيب فافترقا (وأما الرطب بالرطب فيجوز ماثلا كيلا) وكذا العنب بالعنب يجوز (عندنا) وبه قال مالك وأحمد والمزنى خلافا للشافعى ، وكذا الخلاف في كل ثمرة لها حال جفاف كالتين والمشمش والجوز والكثيرى والرمان والإجاص لا يميز بيع رطبه برطبه ، كما لا يميز بيع رطبه بيباسه لأنه لا يعرف قدر النقصان إذ قد يكون نقصان أحدهما أكثر من الآخر ، وكذا الخلاف في الباقلاء الأخضر بمثله ، لأن بين الباقلاء نقصان فضاء يتفاوت فيمنع تعديل الكيل فكان كبيع الخطة المقلية بغير المقلية ، وبيع الخطة المبلولة بالمبلولة والرطبة بالرطبة أو المبلولة باليابسة يجوز ، وكذا بيع التمر المنقع والزبيب المنقع بالمنقع واليابس منها يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد في الفصول كلها من بيع الخطة المبلولة إلى هنا . والمنقع اسم مفعول من أقمع الزبيب في الخاية فهو منقع . وأصله أن محمدا يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو المال عند الجفاف كما أشار إليه حديث سعد ، وذلك منتف في المبلولة والرطبة مع مثلها أو اليابسة . أما مع اليابسة فظاهر ، وأما المبلولة مع المبلولة فالتفاوت يقع في قدر البلل . قال الخواص : الرواية مخفظة عن محمد

والعنب بالزبيب على هذا الخلاف بالوجه المذكور ، ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف إشارة إلى قوة دليل أبي حنيفة رحمه الله (وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالخطة المقلية بغيرها) وهذه الرواية تقوى قول من قال الحجة إنما تم بإطلاق اسم التمر عليه ، فإن النص لما ورد بإطلاق اسم التمر على الرطب جعلنا نوعا واحدا فجاز البيع مثلا بمثل ، ولم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب فاعتبر فيه التفاوت الصنعى المفسد كما في المقلية بغيرها ، والرطب

(قوله ولعله عبر بالخلاف دون الاختلاف) أقول : الفرق بين الخلاف والاختلاف سبق في باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لا يوجب (قوله وهذه الرواية تقوى قول من قال الخ) أقول : فيه بحث ، فإن تقويتها إنما هي باعتبار التفاوت الصنعى إذ بذلك لا يمكن الوقوف على المساواة سواء أطلق الاسم أو لم يمد أن يكون من جنسه .

وكذا أبو يوسف رحمه الله عملاً بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناها. ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب بالرطب أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البديلين على الاسم الذي عقد عليه العقد، وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين المقود عليه، وفي الرطب بالرطب

أن بيع الخنطة المبلولة بالياسة إنما لا يجوز إذا انتفخت، أما إذا بليت من ساعتها يجوز بيعها بالياسة إذا تساوى كيلاً. وأبو حنيفة. وأبو يوسف يعتبران المساواة بتأويل التساوى في الحال (عملاً بإطلاق الحديث) أى حديث عبادة بن الصامت وغيره (إلا أن أبا يوسف ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما رويناها) من حديث سعد بن أبي وقاص وهو مخصوص من القياس فلا يلحق به إلا ما كان في معناه، والخنطة الرطبة ليست في معنى الرطب من كل وجه. والرطوبة في الرطب مقصودة وفي الخنطة عيب. وفي المبسوط ذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو قوله الآخر، وقوله الأول كقول محمد. وقد نقض ما تقدم من الأصل وهو أن التفاوت يصنع العباد معتبر في المنع. وما بأصل الخلقة لا بالخنطة المبلولة فإن الرطوبة الحاصلة فيها يصنع العباد وبها يحصل التفاوت مع أنه جاز العقد. أجب بأن الخنطة في أصل الخلقة رطبة وهى مال الربا إذ ذاك والبل بالماء يعيدها إلى ما هو أصل الخلقة فيها فلم يعتبر بخلاف القلى (ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول) من بيع الخنطة الرطبة إلى هنا حيث منه (وبين الرطب بالرطب) حيث أجازها، وكذلك بين العنب بالعنب فإنه يميزه، وحاصله (أن التفاوت) إن ظهر مع بقاء الاسم على البديلين أو أحدهما فسد العقد. وإن ظهر بعد زوال الاسم عنهما لا يفسد، ففي الرطب بالرطب. والعنب بالعنب يظهر التفاوت بعد خروج البديلين عن الاسم الذي عقد عليه العقد، فإن الاسم حينئذ اقر والثيب فلا يكون تفاوتاً في المقود عليه. وفي الخنطة المبلولة وما في معناه لا يتغير فيظهر في نفس المقود عليه فيجتم

بالرطب يجوز مائة كيلاً: أى من حيث الكيل عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله، لأنه روى يتفاوت في أعدل الأحوال: أى عند الجفاف فلا يجوز كالخنطة بالدقيق. ولنا أنه بيع التمر بالتمر متساوياً فكان جائزاً، وكذلك بيع الخنطة الرطبة بالخنطة الرطبة أو الخنطة المبلولة أو الخنطة الرطبة بالمبلولة أو الياسة أو التمر المتنع بالمتنع أو الزبيب المتنع بالمتنع، من أتقع إذا أتى في الخافية ليبتل ويخرج منه الخلاوة جاز عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد: لا يجوز في جميع ذلك، هو يعتبر المساواة في أعدل الأحوال وهو حال الجفاف، ومفرعه حديث سعد، وأبو حنيفة يعتبرها في الحال عملاً بإطلاق المشهور، وكذلك أبو يوسف إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد رضى الله عنه، واحتاج محمد إلى الفرق بين هذه الفصول: يبنى بيع الخنطة الرطبة والمبلولة إلى آخرها، وبين بيع الرطب بالرطب حيث اعتبر المساواة فيها في أعدل الأحوال وفيه في الحال. ووجه ذلك ما ذكره في الكتاب. وحاصله أن التفاوت إذا ظهر مع بقاء البديلين أو أحدهما على الاسم الذي عقد عليه العقد فهو مفسد لكونه في المقود عليه، وإذا ظهر بعد زوال الاسم الذي عقد عليه العقد عن البديلين فليس يفسد إذا لم يكن تفاوتاً في المقود عليه فلا يكون معتبراً. ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم إذا كان العقد وارداً على البديلين بالتسمية، وأما إذا كان بالإشارة إلى المقود عليه فلا، لأن المقود عليه هو الذات المشار إليها وهى

(قوله ولقائل أن يقول: هذا إنما يستقيم الخ) أقول: ذلك أن نقول: للراد بالضمير الرابع إلى الاسم في قوله عقد عليه هو معنى المسمى بطريق الاستخدام، أو يقال المضاف مقدر: أى مائة بقرينة جملة مقفودا عليه لظهور أن ما عقد عليه العقد هو المسمى حقيقة لا الاسم فالتعظيم الإكمال.

التفاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتاً في المقدود عليه فلا يعتبر . ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأن البسر تمر ، بخلاف الكفري حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد لأنه ليس بتمر ، فإن هذا الاسم له من أول ماتنقده صورته لا قبله ، والكفري عددي متفاوت ، حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة . قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسهم فيكون الدهن بمثابة الزيادة بالشجير) لأن عند ذلك يعرى عن الربا إذ ما فيه من الدهن موزون ، وهذا لأن ما فيه لو كان

(ولو باع البسر بالتمر متساوياً يجوز) ومتفاضلاً لا يجوز لأن البسر تمر بخلاف الكفري) وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء مقصوراً كم النخل وهو أول ما ينشق (حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر) أى كيلاً من التمر بكيلين من الكفري وقبله لأنه ليس بتمر (لأن) الكفري لم ينعقد بعد في صورة التمر (وهذا الاسم) أعنى التمر له (من أول ماتنقده صورته لا قبله) وبهذا استدلت بعضهم لأبي حنيفة في بيع الرطب بالتمر ، فورد عليه أنه لو حلف لا يأكل تمرًا فأكل رطباً لا يحنث فكان غيره . فأجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح ، بل المسئلة . سطورة في الكتب المنهية المشورة بأنه لا يحنث ، وكذا ادعى أنه يحنث فيما إذا حلف لا يأكل تمرًا فأكل بسراً ولم يكن به حاجة إلى هذا ، إذ يكفي أن الأيمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة ، وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد إلى أن يطيب ثم يحف من العلة ولا ينكر صحة الإطلاق باعتبار مجاز الأول . وقوله (والكفري عددي متفاوت إلى آخره) جواب سؤال هو أنه إذا لم يكن . الكفري تمرًا ينبغي أن يجوز لإسلام التمر فيه وشرائه التمر به نسيئة فقال : الكفري عددي متفاوت بالكبر والصغر تفاوتاً غير مهمل فلا يجوز إسلامه فيه ، ولا أن يشتري به نسيئة للجهالة فتقع المنازعة . وقوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسهم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسهم) فلو جهل أو علم أنه أقل أو مساو لا يجوز ، فالاحتمالات أربع ، والجواز في أحدها بأنه إذا كان أكثر كان الخارج منه بمثابة من الدهن المفرد (والزائد) منه (بمقابلة) الشجير) وفي فتاوى قاضيه خان رحمه الله : إنما يشترط أن يكون الخالص أكثر إذا كان الثقل في البذل الآخر شيئاً له قيمة ، أما إذا

لا يتبدل . قال (ولو باع البسر بالتمر الخ) بيع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأنه تمر لما بينا أن التمر اسم لثمر النخل من أول ماتنقده صورته وبيعه به متساوياً من حيث الكيل يدا بيد جائز بالإجماع ، وبيع الكفري بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء وهو كم النخل مسمى به لأنه يسر ما في جوفه بالتمر جائز متساوياً ومتفاضلاً يدا بيد ، لأن الكفري ليس بتمر لكونه قبل انعقاد الصورة (وقوله والكفري عددي متفاوت) قبل : هو جواب سؤال تقريره لو لم يكن تمرًا لجاز إسلام التمر في الكفري لكنه لم يجوز . وتقرير الجواب أنه عددي متفاوت بالصغر والكبر وتتفاوت أحاده في المالية فلا يجوز الإسلام فيه للجهالة . قال (ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الخ) الزيتون ما يتخذ منه الزيت والشيرج الدهن الأبيض ، ويقال للصبر قبل أن يتغير شيرج وهو تعريب شيره ، والمراد به هاهنا ما يتخذ من السهم . واعلم أن المجامعة بين الشيتين تكون تارة باعتبار العين وأخرى باعتبار ما في الضمن . ولا يعتبر الثاني مع وجود الأول ، ولهذا جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن ، وإذا لم يوجد الأول يعتبر الثاني ، ولهذا لم يجوز بيع الحنطة بالدقيق والزيت مع الزيتون من هذا النوع . فإذا بيع أحدهما بالآخر فلا يخلو إما أن تعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أولاً ، والثاني لا يجوز لتوهم الفضل الذي هو كالحق في هذا الباب ، والأول إما أن يكون المنفصل أكثر أولاً . والثاني لا يجوز لتحقيق الفضل وهو بعض الزيت والشجير

أكثر أو مساويا له، فالتجبر وبعض الدهن أو التجبر وحده فضل. ولو لم يعلم مقدار ما فيه لايجوز لاحتمال الربا، والشبهة فيه كالحقيقة، والجوز بدنه والبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدسه على هذا الاعتبار. واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالإجماع.

كان لاقيمة له كما في الزبد بعد إخراج السمن منه فيجوز مع مساواة الخارج للسمن المفرد، يروى ذلك عن أبي حنيفة. وقال زفر: يجوز مع عدم العلم لأنه متردد بين الفساد والصحة فلا يثبت الفساد بالشك. والأصل الصحة. وقلنا: الفساد غالب لأنه على تقديرى التقصان والمساواة، والصحة على تقدير الأكرية فكان هو الظاهر فوجب الحكم به. وعند الشافعى لايجوز هذا البيع أصلا لعدم العلم بالتفاضل وقت العقد. واعلم أن المجانسة تكون باعتبار ما في الضمن فتمنع النسفة كما في المجانسة العينية. وذلك كالتزيت مع الزيتون والشرج مع السمس، وتنتفى باعتبار ما أضيفت إليه فيختلف الجنس مع اتحاد الأصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن التبفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشرج فصراجنسبين باختلاف ما أضيفا إليهم الورد والتبفسج نظرا إلى اختلاف المقصود والفرض ولم يبال باتحاد الأصل وعلى هذا من الزهر في ديارنا ودهن البان، أصلهما اللوز يطبق بالزهر وبالحلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن غثاف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا، وعلى هذا قالوا لو ضم إلى الأصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضلا حتى أجازوا بيع قفيز مسمم مطيب بقفيزين غير مطيب، وعلى هذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطل لوز غير مطبق، وكذا يجوز بيع رطل دهن لوز مطبق بزهر التارنج برطل دهن اللوز الخالص، وكذا رطل زيت مطيب برطل زيت لم يطيب فجعلوا الرائحة التي فيها إزاء الزيادة على الرطل خلافا للشافعى، فإنه لا يميز الدهن المطيب وغيره إلا مثلا بمثل. وأورد أنه ينبغي أن يجوز بيع السمس بدنه بأى وجه كان لأن الدهن وزى والسمس كئيل. أوجب بأنه لما كان المقصود من السمس ما في ضمنه من الدهن كان بيع الجنس بالجنس. فإن قيل: فيجوز بيع السمس بالسمس متفاضلا صرفا لكل من دهنه وتجيده إلى خلاف جنسه. أجب بأن الصرف يكون عند الانفصال صورة كسئلة الإكرار ولا صورة هنا منفصلة. وقوله (والجوز بدنه والبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدسه على هذا الاعتبار) يعنى إن كان الدهن المفرد والسمن واللبس أكثر مما يخرج من الجوز والبن والتمر جاز، وقد علمت تقييده بما إذا كان الثقل له قيمة وأظن أن لاقيمة لثقل الجوز إلا أن يكون بيع بقشره فوقه، وكذا العنب لاقيمة لثقله فلا تشترط زيادة العصير على ما يخرج، والله أعلم (واختلفوا في القطن بغزله) فبعضهم لايجوز متساويا لأن القطن يتقص بالثقل فهو كالحنطة

إن نقص المتفصل عن المستخرج من الزيت والتجبر وحده: أى ساواه على تقدير أن يكون التجبر ذا قيمة، وأما إذا لم يكن كما في الزبد بعد إخراج السمن إذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن فإنه يجوز، وهو المروى عن أبي حنيفة، والأول جائز لوجود المقتضى وانتفاء المانع والشرج بالسمس والجوز بدنه والبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدسه على هذا الاعتبار. ولقائل أن يقول مثلا: السمس يشتمل على الشرج والتجبر، فإذا أن يكون المجموع منظورا إليه من حيث هو كذلك فيجب جواز بيع الشرج بالسمس مطلقا لأن الشرج وزى والسمس كئيل، أو من حيث الإفراز فيجوز بيع السمس بالسمس متفاضلا صرفا لكل واحد من الدهن والتجبر إلى خلاف جنسه، كما إذا باع كبر حنطة وكبر شمع بثلاثة أكرار حنطة وكبر شمع أو يكون أحدهما إما الدهن أو التجبر منظورا إليه فقط، والثاني منتف عاده، والأول يوجب أن لا يقابل التجبر بشيء من الدهن وليس كذلك:

قال (ويجوز بيع اللحمان المختلفتين ببعضهما البعض متفاضلا) و مراده لحم الإبل والبقر والغنم ؛ فأما البقر والجواميس جنس واحد ، وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاني . قال (وكذلك ألبان البقر والغنم) وعن الشافعي رحمه الله لا يجوز لأنها جنس واحد لاتحاد المقصود . ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة ،

مع الدقيق . وقال بعضهم : يجوز . وفي فتاوى قاضيه خان : لا يجوز إلا متساويا لأن أصلهما واحد وكلهما موزون ، وإن خرجا أو أحدهما عن الوزن جاز متفاضلا . وبيع الغزل بالثوب جائز على كل حال . وقال المصنف بالإجماع . وعن محمد أن يبيع القطن بالثوب لا يجوز متفاضلا ، وعنه أنه لا يجوز مطلقا وهكذا عن أبي حنيفة أيضا . ثم ذكر أنه لا بأس ببيع المحلوج بالقطن والغزل بالقطن إذا كان يعلم أن الخالص أكثر مما في الآخر وهذا في المحلوج مع القطن ظاهر لأن الفاضل يلزاه حب القطن وهو مما يتفنع به ، وقد يعلف لبعض الدواب . وأما في تغزل فكانه ليكون الفاضل من القطن المفرد يلزاه صناعة الغزل ، فنقل الإجماع إنما هو باعتبار الأقوال المعول عليها دون الروايات (قوله ويجوز بيع اللحمان) جمع لحم (المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) و مراده لحم الإبل والبقر والغنم (لأنها أجناس مختلفة لاختلاف أصولها ولم يحدث في الجنس الواحد منها زيادة تصيره جنسين) فأما البقر والجواميس (فرجنس واحد) لا يجوز بيع لحم البقر بلحم الجواميس متفاضلا (وكذا المعز مع الضأن والعراب مع البخاني) لا يجوز بيع شيء مع الآخر متفاضلا لاتحاد الجنس ، وإنما جاز بيع لحم الجنس الواحد من الطيور كالسنان مثلا والعصافير متفاضلا لأنه ليس مال الربا إذ لا يوزن لحم الطير ولا يتكال ، وينبغي أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والإوز لأنه يوزن في عادة ديار مصر معظمه . وقوله و مراده إلى آخره يحتمل به عن قول مالك فإن عنده اللحوم كلها ثلاثة أجناس : الطيور جنس ، والدواب أعلها ووحشها جنس واحد ، والبحريات (وكذا ألبان البقر والغنم) يجوز متفاضلا لما ذكرنا من اختلاف الجنس باختلاف الأصليين (وعن الشافعي أن اللحوم والألبان جنس واحد لاتحاد المقصود) من الكل وهو التغذي ، وهذا قول الشافعي غير المختار ، والصحيح من قوله أنه مثل قولنا : ثم دفع هذا القول بأن أصولها (مختلفة) الأجناس

والجواب أن المنظور إليه هو المجموع من حيث الأفراد ، ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا ، قوله صرفا لكل واحد من الدهن والشحير إلى خلاف جنسه ، قلنا : ذلك إذا كانا متفصلين خلقة كما في مسئلة الإقرار لظهور كمال الجنسية حينئذ والدهن والشحير ليسا كذلك ، واختلفوا في جواز بيع القطن بخر له متساويا فقبل لا يجوز لأن القطن ينقص بالغزل فهو نظير الخطة بالدقيق ، وقبل يجوز لأن أصلهما واحد فكلاهما موزون ، وإن خرجا عن الوزن أو خرج أحدهما من الوزن لا بأس ببيع واحد بآخرين ، كذا في فتاوى قاضيه خان . وبيع الغزل بالثوب جائز والكرباس بالقطن جائز كيفما كان بالإجماع ، وهذا يخالف ما روى عن محمد أن يبيع القطن بالثوب لا يجوز مطلقا (قال : ويجوز بيع اللحمان البخر) كل ما يكل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة لا يوصف باختلاف الجنس كالبحر والجواميس متفاضلا . وعنه أنه لا يجوز ، والعراب والبخاني والمعز والضأن فلا يجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا ، وكل مالا يكمل به نصاب الآخر فهو يوصف بالاختلاف كالبحر والغنم فيجوز بيع لحم أحدهما بالآخر متفاضلا وكذلك الألبان . وعن الشافعي رحمه الله أن المقصود من اللحم شيء واحد وهو التغذي والتحرى فكان الجنس متحدا . ولنا أنها فروع أصول مختلفة لما ذكرنا ، واختلاف الأصل يوجب اختلاف

فكنا أجزاؤها إذا لم تبدل بالصنعة . قال (وكذا خلّ الدقل بخل الغنبل) للاختلاف بين أصلهما . فكذا بين مايعهما ولهذا كان عصيرهما جنسين . وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد .

(فكذا أجزاؤها إذا لم تبدل بالصنعة) فإنها حينئذ تعد أجناسا . ولهذا جاز بيع الخبز بالدقيق والسويق متفاضلا (وكذا خلّ الدقل بخل الغنبل) متفاضلا وكذا عصيرهما (لاختلاف أصلهما) جنسا ، وتخصيص الدقل وهو ردى التمر باعتبار العادة ، لأن الدقل هو الذي كان في العادة يتخذ خلا (و) أما شعر المعز وصوف الغنم فجنسان لاختلاف المقاصد بخلاف لحمهما ولبنهما جعل جنسا واحدا كما ذكرنا لاتحاد الجنس مع عدم الاختلاف . فإن ما يقصد بالشعر من الآلات غير ما يقصد بالصوف فصار ما يوجب اختلاف الأمور المتفرعة ثلاثة أشياء : اختلاف الأصول ، واختلاف المقاصد ، وزيادة الصنعة . فإن قيل : بالنظر إلى اتحاد الأصل في الصوف والشعر لا يجوز بيعهما متفاضلا وزنا وبالنظر إلى المقاصد اختلف فيجوز متفاضلا فينبغي أن لا يجوز متفاضلا لتقليبا للحمة . فالجواب أن ذلك عند تعارض دليلهما وتساوئهما فيرجح الحرم . وهذا ليس كذلك فإنه لا يقاوم الصورة المعنى ، والأزم على تغليب جانب المعنى كون ألبان البقر والغنم جنسا واحدا لاتحاد المقصود . وأجيب بمنع اتحادها فإن لبن البقر يقصد للسمن ولبن الإبل لا يتأتى منه ذلك ، وكذا أغراض الأكل تتفاوت ، فإن بعض الناس لا يطيب له البقر ويتضرر به دون الضأن وكذا في الإبل . ومن الاختلاف بالصنعة ما قلنا من جواز بيع إناء صفر أو حديد أحدهما أقل من الآخر ، وكذا ققمة بقمقمين وإبرة بإبرتين وسيف بسيفين ودواة بدواتين مالم يكن شيء من ذلك من أحد التقديس فيمتنع

الفرع ضرورة كالأدهان وما ذكر من الاتحاد في التغذي فذلك اعتبار المعنى العام كالطعم في المعلومات والضكة في القواكه ، والمعتبر الاتحاد في المعنى الخاص ، ولا يشكل بالطيور فإن بيع لحم بعضها ببعض متفاضلا يجوز مع اتحاد الجنس لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة فليس يوزن ولا كيلى فلم يتناول القدر الشرعى ، وفي مثله يجوز بيع بعضه ببعض متفاضلا (قوله إذا لم تبدل بالصنعة) قيل مراده أن اتحاد الأصول يوجب اتحاد الفروع والأجزاء إذا لم تبدل بالصنعة ، فإذا تبدلت الأجزاء بالصنعة تكون مختلفة ، وإن كان الأصل متحدا كالمروى والمروى ، وفيه نظر لأن كلامه في اختلاف الأصول لا في اتحادها ، فكأنه يقول : اختلاف الأصول يوجب اختلاف الأجزاء إذا لم تبدل بالصنعة ، وأما إذا تبدلت فلا توجب ، وإنما توجب الاتحاد ، فإن الصنعة كما تؤثر في تغير الأجناس مع اتحاد الأصل كالمروى مع المروى مع اتحادهما في الأصل وهو القطن كذلك تؤثر في اتحادهما مع اختلاف الأصول كالدرهم المغشوشة المختلفة الغش مثل الحديد والرصاص إذا كانت الفضة غالبية فإنها متحدة في الحكم بالصنعة مع اختلاف الأصول . قال (وكذا خلّ الدقل بخل الغنبل الخ) الدقل هو أردأ التمر ، ويبيع خلّه بخل الغنبل متفاضلا جائز يدا بيد ، وكذا حكم سائر الثمر . ولما كانوا يجعلون الخل من الدقل غالبا أخرجه الكلام على مجرى العادة ، وإنما جاز التفاضل للاختلاف بين أصلهما ولهذا كان عصيرهما : يعنى الدقل والغنبل جنسين بالإجماع (وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد) فجواز بيع أحدهما

(قوله لأن ذلك باعتبار أنه لا يوزن عادة) أقول : وينبغي أن يستثنى من لم السجاسة فإنه يوزن في أكثر البلاد : قال المصنف : فكذا أجزاؤها إذا لم تبدل بالصنعة) أقول : ولعل المعنى : وكذا تختلف أجزاء تلك الأصول بحسب اختلاف الأصول لاتحادها معها إذا لم تبدل بالصنعة ، فإن تلك الأجزاء إذا تبدلت بالصنعة زالت الاتحاد مع أصلها فلا يكتفى باختلافها لاختلاف أصولها بل الصنعة كائنه والإتلاف والشفقة على مائتين فليطبر (قوله قيل مراده) أقول : للثقل هو صاحب الثبابة (قوله فكأنه يقول لاختلاف الأصول الخ) أقول : ما عوّد من الخيازية .

قال (وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم) لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا . قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة والذقيق متفاضلا) لأن الخبز صار عدديا أو موزونا فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا خير فيه ،

التفاضل وإن اصطالحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاعتصار على العد والصورة (ويجوز بيع شحم البطن بالألية أو باللحم) واللحم بالألية متفاضلا (لأنها أجناس لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا) وأما شحم الخبز ونحوه فتابع اللحم وهو مع شحم البطن والألية جنسان ، وكل ذلك لا يجوز نسيئة لأن الوزن يجمعهما ، وأما الرموس والأكارع والخلود فيجوز يدا بيد كيفما كان لانسية لأنه لم يضبط بالوصف حتى إن السلم فيه لا يجوز (قوله ويجوز بيع الخبز بالحنطة والذقيق متفاضلا) يدا بيد قيل وهو ظاهر مذهب علمائنا الثلاثة (لأن الخبز صار) إما (عدديا) في عرف (أو موزونا) في عرف آخر (فخرج من أن يكون مكيلا من كل وجه والحنطة مكيلة) بفرض كون الجنسية جمعتهما اختلف القدر فجاز التفاضل ، والذقيق إما كيلى فكنذلك أو وزنى على ما عليه عرف بلادنا ، ومن جعله وزنيا لم يثبت الجنسية بينه وبين الخبز فيجوز التفاضل أيضا . وروى عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه ، وهذه العبارة لنفى الجواز بطريق التأكيد للكرة في النفي ، وبهذا القول قال الشافعى

بالآخر متفاضلا ، وهذا يشير إلى أن اختلاف المقصود كالتبديل بالصنعة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل ، فإن المقصود هو المقصود فاختلفه يوجب التغيير واختلاف المقصود فيما ظاهر ، فإن الشعر يتخذ منه الخيال الصلبة والمسوح ، والصوف يتخذ منه اللبود والشفافة . لا يقال : لو اختلف الجنس باختلاف المقصود لما جاز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا لأن المقصود منهما متحد فكان الجنس متحدا ، لأننا لنسلم ذلك ، فإن لبن البقر قد يضر حين لا يضر لبن الغنم فلا يتحد القصد إليهما . والأولى أن يقال : قلنا إن اختلاف المقصود قد يوجب اختلاف الجنس عند اتحاد الأصول ، ولم نقل اتحاد المقصود يوجب الاتحاد عند اختلاف الأصول ، فالأصل أن يوجب اختلاف الأصول اختلاف الأجزاء والفروع إلا عند التبديل بالصنعة ، وأن يوجب اتحاد الأصول اتحاد الفروع إلا عند التبديل بالصنعة أو اختلاف المقصود بالفروع ولم يظهر عليه نقض ، ومن هذا يبين أنه مانع راجع فلا يعارضه اتحاد الأصل ، ويسقط ما قيل شعر المعز وصوف الغنم بالنظر إلى الأصل جنس واحد وبالنظر إلى المقصود جنسان ، وينبئ أن لا يجوز التفاضل بينهما في البيع ترجيحاً لجانب الحرمة لأن المقصود راجع . قال (وكذا شحم البطن بالألية أو باللحم) جاز لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا ، أما اختلاف الصور فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن عند تصوره ، ولا شك في ذلك عند تصور هذه الأشياء . وأما اختلاف المعاني فلأنه ما يفهم منه عند إطلاق اللفظ وهما مختلفان لعمالة . وأما اختلاف المنافع فكافة الطب . قال (ويجوز بيع الخبز بالحنطة) بيع الخبز بالحنطة والذقيق إما أن يكون حال كونهما تقديدين أو حال كون أحدهما نقدا والآخر نسيئة ، فإن كان الأول جاز لأنه صار عدديا أو موزونا فخرج من كونه مكيلا من كل وجه

(قوله لا يقال : لو اختلف الجنس الخ) أقول : يبي إذا غلب جانب المقصود على جانب الأصل حتى غدا المختلفان مقصودا مع اتحاد أصلهما جنسين مختلفين يبي أن يده المختلفان فيه متحدين في الجنس إذا اتحدا المقصود منهما بناء على ذلك التغليب ، فلا يجوز بيع لبن البقر بلبن الغنم متفاضلا ، وإذا كان مراد القائل ما سمت فلا يتلف ذلك بما ذكر الشارح في حيز ، والأولى كما لا يخفى بل لا بد من بيان الفرق (قوله فلأن الصورة ما يحصل منه في الذهن الخ) أقول : قل هذا يكون ذكر المعاني بمعنى عنه لعموم الصور لها ، والأظهر أن المراد بالصور الأشكال .

والفتوى على الأول ، وهذا إذا كانا تقدين ، فإن كانت الحنطة نسيئة جاز أيضا ، وإن كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله ، وعليه الفتوى ، وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ، ولا خير في استقراضه عددا أو وزنا عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقلم والتأخر . وعند محمد رحمه الله يجوز بهما للتعامل ، وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده .

وأحمد لشبهة المجانسة . إذ في الخبز أجزء الدقيق ، أو أن الدقيق بعرض أن يصير خبزا فيشترط المساواة ولا يدري ذلك (والفتوى على الأول) وهو الجواز وهو اختيار المتأخرين عددا أو وزنا كيفما اصطلاحوا عليه (وهذا إذا كانا تقدين) فأما بيعهما نسيئة (فإن كانت الحنطة نسيئة) أو الدقيق بأن أسلم الخبز فيهما فدفعه نقدا (جاز أيضا ، وإن كان الخبز) نسيئة بأن أسلم حنطة أو دقيقا في خبز لم يجز عند أبي حنيفة لأنه لا يوقف على حله فإنه يتفاوت في الصنعة عجننا وخبزا . وكذا عند محمد لأنه عددي عنده ويكون منه الثقل والخفيف (ويجوز عند أبي يوسف لأنه وزني) أو يجوز بشرط الوزن إن كان العرف فيه العدد والنضج وحسن العجن وصفات مضبوط نوعهما وخصوص ذلك القدر بعينه من العجن والنار مهمل . واختاره المشايخ للفتوى إذا أتى بشرائطه لحاجة الناس . لكن يجب أن يحاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي حتى لا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه إذا قبض متجزئا ما هو دون مسمى صنعة ، وإذا كان كذلك فلا احتياط في منعه لأنه قل أن يقع الأخذ من النوع المسمى خصوصا فيمن يقبض المسلم فيه في أيام متعددة كل يوم كذا كذا رغيفا فقل أن لا يصير مستبدلا (ولا خير في استقراض الخبز عند أبي حنيفة عددا أو وزنا لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور) باعتبار كونه جليدا أو عتيقا (والتقديم) في التنور (والتأخير) عنه ويتفاوت جودة خبزه بذلك ، وإذا منع أبو حنيفة السلم فيه وباب السلم أوسع حتى جاز في الثياب ولا يجوز استقراضها فهو لاستقراضه أمنع (وعند محمد رحمه الله يجوز بهما) أي عددا أو وزنا (للتعامل) بين الجيران بذلك ، والحاجة قد تدعو إلى ذلك بين الجيران (وعند أبي يوسف يجوز وزنا لأعدا للتفاوت في آحاده) ومحمد يقول : قد أهدر الجيران تفاوته وبينهم يكون اقتراضه غالبا ، والقياس يترك بالتعامل ، وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبي يوسف ، وأنا أرى أن قول محمد أحسن

والحنطة مكيلة فاختلف الجنسان وجاز التفاضل (وعليه الفتوى) وروى عن أبي حنيفة أنه لا خير فيه : أي لا يجوز ، والتركيب للمبالغة في النهي لأنه نكرة في سياق النفي فتعم نفي جميع جهات الخبز ، وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن تكون الحنطة والدقيق نسيئة أو الخبز ، فإن كان الأول جاز لأنه أسلم موزونا في مكبل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره . وإن كان الثاني جاز عند أبي يوسف رحمه الله لأنه أسلم في موزون ولا يجوز عندهما لما تذكر . قال المصنف (والفتوى على قول أبي يوسف) وهذا يخفى عن قوله وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح : يعني قول أبي يوسف ، وإنما كان الفتوى على ذلك لحاجة الناس ، لكن يجب أن يحاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمي لتلا يصير استبدالا بالمسلم فيه قبل القبض ، ولا خير في استقراضه عند أبي حنيفة عددا أو وزنا لأنه يتفاوت بالخبز من حيث الطول والعرض والغلظ والرقه ، وبالخباز باعتبار حذقه وعلمه ، وبالتنور في كونه جليدا فيجوز خبزه جيدا أو عتيقا فيكون بخلافه ، وبالتقدم والتأخر فإنه في أول التنور لا يجيء مثل ما في آخره ، وهذا هو المانع عن جواز السلم عندهما . وعند محمد يجوز استقراضه عددا ووزنا ، ترك قياس السلم فيه للتعامل : وعند أبي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده .

قال (ولاربا بين المولى وعنده) لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق الربا ، وهذا إذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين ، فإن كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس ملك المولى عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندها تعلق به حق الغرماء فصار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه . قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) خلافاً لأبي يوسف والشافعي ورحمهما الله . لهما الاعتبار بالمستأن منهم في دارنا . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب »

(قوله ولا ربا بين المولى وعنده) أي المأذون غير المديون (لأنه وما في يده لمولاه فلا يتحقق الربا) لعدم تحقق البيع وكذا المديون وأم الولد (فإن كان عليه دين لا يجوز) أي البيع بطريق الربا (أما عند أبي حنيفة) فلعدم ما كره لما في يده عده المأذون المديون فهو أجنبي عنه فيتحقق الربا بينهما (وعندهما) إن لم يزل ملكه عما في يده لكن (تعلق بما) في يده (حق الغرماء صار) المولى (كالأجنبي) عنه (فيتحقق الربا) بينهما (كما يتحقق بينه وبين مكاتبه) وفي المتوسط ذكر أنه لا يتحقق الربا بينهما مطلقاً ، ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه كما لو أخذه لاجهة البيع سواء كان اشترى منه درهما بدرهمين أو لا . بخلاف المكاتب لأنه صار كالحريدا وتصرفا في كسبه فيجوز الربا بينهما (قوله ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب خلافاً لأبي يوسف والشافعي) ومالك وأحمد ، وعلى هذا الخلاف الربا بين المسلم الأصيل والمسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا ؛ فلو باع مسلم دخل إليهم مستأمناً درهما بدرهمين حل ، وكذا إذا باع منهم مئة أو خنزيراً أو قارمهم وأخذ المال محل ، كل ذلك عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف ومن ذكرنا (لم) إطلاق التصوص فإنها لم تقيد المنع بمكان دون مكان ، والقياس على المستأمن منهم في دارنا ، فإن الربا يجرى بين المسلم وبينه فكذلك الداخل منا إليهم بأمان . ولأبي حنيفة ومحمد ما روى أنه صلى الله عليه وسلم (قال « لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب ») وهذا الحديث غريب ، ونقل ما روى مكحول عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال

قال (ولاربا بين المولى وعنده) لاربا بين المولى وعنده المأذون الذي لا دين عليه محيط بقرْبته ، لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع ولا يتحقق الربا ، لعدم تحقق الربا بعد وجود البيع بحقيقته في دار الإسلام مشتملاً على شرائط الربا دليل على عدم جواز البيع (فإذا كان عليه دين يتحقق الربا لأن ما في يده ليس ملكاً لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما) وإن كان ملكه ، لكن لما تعلق به حق الغرماء صار كالأجنبي فيتحقق الربا كما يتحقق بين المكاتب ومولاه . قال (ولا بين المسلم والحربي في دار الحرب) لاربا بين المسلم والحربي في دار الحرب عند أبي حنيفة ومحمد ورحمهما الله

(قال المصنف : ولا ربا بين المولى وعنده الخ) أقول : قال العلامة الكاكي : وفي المتوسط : فلو كان على العبد دين فليس بينهما ربا أيضاً ، ولكن على المولى أن يرد ما أخذه على العبد لأن كسبه مشغول بحق غرمائه فلا يسلم له ما لم يفرغ من دينه ، كما لو أخذه لاجهة المقد سواء اشترى منه درهما بدرهمين أو لا ، لأن ما أعطى ليس به عوض سواء قل أو كثر ، فليس رد ما قبض الحق الغرماء ، وكذا أم الولد والمدير لأن كسبه مال ، بخلاف المكاتب لأن المكاتب صار كالحريدا وتصرفا في كسبه فيجوز الربا بينه وبين مولاه كما يجرى بينه وبين غيره انتهى . وفيه إشارة إلى أنه لا ربا بين المولى وعنده إذا كان على العبد دين ، وما ذكره في الكتاب يدل على جريان الربا بينهما إذا كان عليه دين ، ولعل ما في المتوسط على منذهب الإسلاميين فإن المولى يملك كسب المديون عندهما كما يحسب في المأذون فراجع (قوله لأن العبد وما في يده ملك لمولاه فلا يتحقق البيع) أقول : أي ما علم تعلق أحد به ، وإنما قيّدنا بذلك لئلا يرد على التصريح إشكال بأن مجرد الملكية لا يقق البيع ؛ ألا يرى إل ما استدل به أبو يوسف ومحمد على تحقق الربا بينهما إذا كان العبد مديوناً فليأتل (قوله فندم تحقق الربا) أقول : تأمل في حصة هذا التصريح فإنه يلزم من المصادرة (قوله بين وجود البيع بحقيقته الخ) أقول : أي صورة وظاهراً (قوله صار كالأجنبي فيتحقق الربا) أقول : أي شبهة إذ الشبهة كائنية في الغرمات (قال المصنف) ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب » أقول : قال ابن القز : قال في المنها : هذا خبر مجهول لم يرو في صحيح ولا مستند ولا كتاب موثوق به ، وهو مع

(باب الحقوق)

(ومن اشترى منزلا فوفقه منزل فليس له الأعلى إلا أن يشتره بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قابل وكثير هو فيه أو منه : ومن اشترى بيتا فوفقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ، ومن اشترى دارا بمجودها فله العلو والكتيف) جمع بين المنزل والبيت والدار ، فاسم الدار ينظم العلو لأنه اسم لما أدير عايه الحدود ، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه . والبيت اسم لما يبات فيه ، والعلو مثله ، والشئ لا يكون تبعاً لمثله فلا يدخل فيه إلا بالتخصيص عايه ، والمنزل بين الدار والبيت لأنه يتأق في مرافق السكنى مع ضرب قصور إذ لا يكون فيه منزل الدواب ، فاشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعاً عند ذكر التوابع ، ولشبهه بالبيت لا يدخل فيه بكونه .

(باب الحقوق)

حمل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار (قوله ومن اشترى منزلا فوفقه منزل) حاصل ما هنا أن الأسماء ثلاثة : البيت ، والمنزل ، والدار . فالبيت أصغرهما وهو اسم لمسقف واحد جعل لبيات فيه ، فهم من يقتصر على هذا ، ومنهم من يزيد له دهليزا . والجواب فيه أن علوه لا يدخل في بيعه : يعنى إذا باع البيت لا يدخل العلو .

(باب الحقوق)

قيل : كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيع ، إلا أن المصنف ألزم ترتيب الجامع الصغير المرتب بما هو من مسائله وهناك هكذا وقع ، وكذا ما هنا ، ولأن الحقوق توابع فيلحق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع . قال (ومن اشترى منزلا فوفقه منزل) ذكر ثلاثة أسماء : المنزل والبيت والدار ، فسرهما ليبين ما يترتب على كل اسم منها من الاحتياج إلى تصريح ما يدل على المرافق للدخولها وعلمه . قال : الدار اسم لما أدير عليه الحدود ، والبيت اسم لما يبات فيه ، والمنزل بين البيت والدار لأنه لا يتأق في مرافق السكنى مع ضرب قصور لعدم اشتراكه على منزل الدواب . وإذا عرف هذا فن اشترى منزلا فوفقه منزل لا يدخل الأعلى في العقد إلا أن يشتره ، ويصرح بذلك إحدى هذه العبارات الثلاث بأن يقول : بكل حق هو له أو بمرافقه ، أو بكل قابل وكثير هو فيه أو منه (ومن اشترى بيتا فوفقه بيت) وذكر إحدى العبارات الثلاث (لم يدخل الأعلى ، ومن اشترى دارا بمجودها) ولم يذكر شيئا من ذلك (دخل فيه العلو والكتيف) وهذا لأن الدار لما كان اسما لما أدير عليه الحدود والعلو ليس بخارج عنها وإنما هو من توابع الأصل وأجزائه دخل فيه ، والبيت اسم لما يبات فيه ، والعلو مثله فلا يدخل فيه إلا بالتخصيص بذكره ، وإلا لكان الشئ تابعا لمثله ، وهو لا يجوز . ولا يشكل بالمستعير ، فإن له أن يعبر فيها لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب ، فإن له أن يكتأب لأن المراد بالتبعية ما هنا أن يكون اللفظ الموضوع لشيء بيقعه ما هو مثله في الدخول تحت الدلالة لأنه ليس بلفظ عام يتناول الأفراد ،

(باب الحقوق)

(قوله فسر) أقول : أى فسر كل واحد (قوله بكل حق هو له) أقول : الباء للمصحية (قوله لأن المراد بالتبعية ما هنا) أقول : تعليل لقوله ولا يشكل الخ . وأخفى أن يعبر للدخول للمثل إذا ذكر ما يدل على توابع الشئ بحسب التوابع (قوله لأنه ليس بلفظ عام الخ) أقول : تعليل لعدم جواز التبعية بالشيء المذكور .

وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لأن كل مسكن يسمى بالفارسية خانه ولا يخلو عن علو . وقد يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف لأنه من توابعه ، ولا تدخل الظلة إلا يذكر ما ذكرنا عند أبي حنيفة رحمه الله

وإن قال بكل حق هو له أو كل قليل وكثير ما لم يذكر اسم العلو صريحا لأن العلو مثله فإنه مسقف بيات فيه والشيء لا يستتبع مثله بل ما هو أدنى منه . وأورد : المستعير له أن يعبر بالما يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده . وأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستدعاء ، بل لما ملك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ممالك كذلك : والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لأن كتابته عبده من أكسابه . والمزل فوق البيت دون الدار ، وهو اسم لمكان يشتمل على بيتين أو ثلاثة ينزل فيها ليلا ونهارا . وله مطبخ وموضع قضاء الحاجة فيتأني فيه السكنى بالعيال مع ضرب قصور : إذ ليس له صحن غير مسقف ولا إصطبل الدواب فلكون البيت دونه صالح أن يستقبه فلقبها بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع غير متوقف على التخصيص عايه باسمه الخاص ، وهو أن يشتره بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه ، أو بكل حق له أو بمراقفه ، ولشبهه بالبيت لا يدخل بلا ذكر زيادة . والدار اسم لساحة أدير عليها الحدود وتشتمل على بيوت وإصطبل وصحن غير مسقف وعلو فيجمع فيها بين الصحن للاسترواح ومنافع الأبنية للإسكان . ولا فرق بين كون الأبنية بالتراب والماء أو بالطين والقصاب ، والعلو من توابع الأصل وأجزائه فيدخل فيه بلا ذكر زيادة على شراء الدار ، وكلما يدخل الكنيف الشارع ، والكنيف هو المستراح ، أما الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على دار أخرى أو على إسطوانات في السكة ومفتحها في الدار المبيعة ؛ فعند أبي حنيفة لا يدخل في بيع الدار ما لم يقل ما ذكرنا من قوله بكل

إذ فرض المسئلة معلوم ، ولا من لوازمه ، وليس في الإعارة والكتابة ذلك فإن لفظ المعير عرثكم لم يقتلوا عارية المستعير أصلا لا تبعا ولا أصالة ، وإنما ملك الإعارة لأنها تعليق المنافع : ومن ملك شيئا جاز أن يملكه لغيره ، وإنما لا يملك فيما يختلف باختلاف المستعمل حذرا من وقوع التغير به ، والمكاتب لما اخصص بمكاسبه كان أحق بتصرف ما يوصله إلى مقصوده وفي كتابة عبده تسبب إلى ما يوصله إلى ذلك فكانت جائرة . وأما المنزل فلما كان شبيها بكل منهما أخذ حظا من الجانبين فلقبها بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ، ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه (وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك) أي الدار والبيت والمنزل ، لأن كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو ، وفيه نظر لأن الخلو وعدمه لم يكن له مدخل في الدليل ، ويقال معناه أن البيت في عرفنا لا يخلو عن علو وأنه يدخل في عرفنا فكان الدليل الدال من حيث اللغة على عدم الدخول متروكا بالعرف ، وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل الكنيف وهو المستراح لأنه من توابعه ، ولا تدخل الظلة وهو الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة والطرف الآخر على دار أخرى أو على الأسطوانات في السكة ومفتحها في الدار ، كما في الإجماع الصغير لقاضيخان وفي المغرب . وهول الفقهاء ظلة الدار يربطون السلة التي فوق الباب إلا يذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق هو له عند أبي حنيفة لأنه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه : وعندهما إن كان مفتوحا في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا : يعني من العبارات المذكورة لأنه من توابعه فشابه الكنيف : وقوله إن كان

(قوله ولا من لوازمه) أقول : أي من لوازم الموضع له (قوله يدخل العلو فيه تبعا) أقول : فيه بحث ، فإنه يدخل في القبط للدال على التوابع أصلا لا في المنزل تبعا (قوله إلا يذكر ما ذكرنا وهو قوله بكل حق الخ) أقول : استثناء ناظر إلى قوله ولا تدخل الظلة ، وقوله وهو راجع إلى ما في قوله ما ذكرنا .

لأنه مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه . وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لأنه من توابه فشابه الكنيف . قال : ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق إلا أن يشتريه بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير ، وكذا الشرب والمسيل) لأنه خارج الحدود إلا أنه من التواب فيدخل بذكر التواب ، بخلاف الإجارة لأنها تعقد للانتفاع فلا يتحقق إلا به ، إذ المستأجر لا يشترى الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلاً للقائمة المطلوبة منه ، أما الانتفاع بالمبيع ممكن بدون له لأن المشتري عادة يشتريه . وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت القائمة ، والله تعالى أعلم .

حق هو لما أو مرافقها أو بكل قليل أو كثير وهو فيها أو منها (لأنه) أي الظلة بتأويل الساباط (مبنى على هواء الطريق فأخذ حكمه . وعندهما إن كان مفتحه في الدار يدخل) بلا ذكر زيادة ، ولأن مفتحتها إذا كان في الدار كانت تبعا للدار كالكنيف الشارع قالوا هذا في عرفهم : أي عرف أهل الكوفة (أما في عرفنا يدخل العلو) من ذكر في الصور كلها سواء كان المبيع بيتا فوقه علو أو منزلا كذلك . لأن كل مسكن يسمى خانة في بلاد العجم وله علو سواء كان صغيرا كالبيت أو غيره إلا دار السلطان تسمى سراي (قوله ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا) فيها (أو مسكنا) فيها (لم يكن له الطريق) في هذه الدار إلى ذلك المشتري (إلا أن يشتريه بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير ، وكذا الشرب والمسيل لأنه خارج الحدود إلا أنه من التواب فيدخل بذكرها) وفي المحيط : المراد الطريق الخاص في ملك إنسان ، فأما طريقها إلى سكة غير نافذة وإلى طريق عام فيدخل ، وكذا ما كان له من حق تسهيل الماء وإلقاء التلج في ملك إنسان خاصة . وقال فخر الإسلام : إذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل ماها في دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لأنه ليس من هذه الدار فلا يدخل إلا بذكر الحقوق ، إلا أن تحليله بقوله لأنه ليس من هذه الدار يقتضي أن الطريق الذي في هذه الدار يدخل وهو غير ما في الكتاب . فالحق أن كلا منهما لا يدخل ، لأنه وإن كان في هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار إنما اشترى شيئا معينا منها فلا يدخل ملك البائع وملك الأجنبي إلا بذكره . ثم قال : فإن قال البائع ليس للدار المبيعة طريق في دار أخرى فالمشتري لا يستحق الطريق بغير حجة ولكن له أن يردها بالعيب . وكذا لو كانت جلود دار أخرى على الدار المبيعة ، فإن كانت للبائع يؤمر برفعها ، وإن كانت لغيره كانت بمنزلة العيب ، وكذا لو ظهر في الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو سهل ماء ، فإن كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له في الدار المبيعة . وقوله (بخلاف الإجارة) متصل بقوله لم يكن له الطريق : يعني في الإجارة يدخل الطريق والشرب والمسيل لأن المقصود منها الانتفاع ولا انتفاع بغير دخول هذه الأشياء ، والبائع ليس كذلك فإن المقصود منه في الأصل ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها عينا ، بل إما كذلك أو لينجر فيها أو يأخذ نفقها فلم تعين فائدة للبيع فلا يلزم ، ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وإن لم ينتفع به في الحال ، وكذا الأرض السبخة ، ولا تصح إجارة ذلك . وفي الكافي : ولهذا لو استأجر علوا واستثنى الطريق

مفتحه في الدار يضعف قول قاضيه خان في تعريف الظلة لأنه جعل المفتح في الدار : قال (ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق) إلا أن يذكر إحدى العبارات الثلاث (وكذا الشرب والمسيل) لأنه خارج الحدود لكنه من التواب فلم يدخل فيه نظرا إلى الأول ، ودخل بذكر التواب : أي بقوله كل حق نظرا إلى الثاني (بخلاف الإجارة) فإن الطريق تدخل استئجار الدور والمسيل والشرب في استئجار الأراضي وإن لم يذكر الحقوق والمرافق لأن الإجارة تعقد لتمليك المنافع ، ولهذا لا تصح فيما لا ينتفع به في الحال كالأرض السبخة والمهر الصغير ، وبالانتفاع بالدار بدون الطريق وبالأرض بدون الشرب والمسيل لا يتحقق إذ المستأجر لا يشترى الطريق

(باب الاستحقاق)

فسدت الإجارة . بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح . ولو استثنى العلو لم أجيز البيع صح لأن القضاء بالاستحقاق لا يوجب اقتساخ البيع الماضية في ظاهر الرواية . ولا شيء لصاحب ساحة العار من الثمن لأنه بمقابلة المبيع ، والمبيع البناء لا الساحة لأن حقه في الهواء . فإن قيل : ما ذكرتم يشكل بالقسمة في دار بين رجلين وفيها صفة فيها بيت وبابه في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقسما فأصاب الصفة أحدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيلا وصاحب البيت لا يستطيع أن يفتح بابه فيها أصابه من الساحة ولا يقدر أن يسيل ماءه في ذلك فالقسمة فاسدة ، فعلى قياس ما ذكرتم في الإجارة ينبغي أن يدخل الطريق والمسيل وإن لم يذكر الحقوق تحريا لجواز القسمة كما أدخلتموها تحريا لجواز الإجارة . أجب بأن الفرق بينهما لأن موضع الشرب ليس بما تناوله الإجارة ، وإنما يتوصل به إلى الانتفاع ، والآجر إنما يستوجب الأجرة إذا تمكن المستأجر من الانتفاع ، ففي إدخال الشرب توفير المنفعة عليهما هذا بالأجرة وهذا بالانتفاع ، أما هنا فوضع الطريق والمسيل داخل في القسمة لأنهما كانا داخلين في الملك المشترك ، فوجب القسمة اختصاص كل منهما بما هو نصيبه ، فلو أثبتنا لأحدهما حقا في نصيب الآخر تضرر به الآخر ، ولا يجوز الإضرار دون رضا ، وإنما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق . واعلم أنه إذا ذكر الحقوق في البيع وهو بحيث يمكن إحداث طريق فيها اشتراؤه وتسيل مائه فيه لم يلزمه ذلك الطريق والمسيل ، وفي القسمة إذا ذكر الحقوق وأمكنه الطريق والتسيل فيها أصابه ليس له ذلك بل يتطرق ويسيل فيها أصابه فطوبى بالفرق . والفرق أن البيع لإيجاد الملك من العدم المقصد الانتفاع به وإن لم يلزم فيه ذلك فما شرطه يتم مطلقا . والمقصود بالقسمة تمييز الملك الثابت لهما لكل منهما لينتفع به على الخصوص بحيث لا يشركه فيه أحد ، إذ لو لم يرد ذلك الخصوص لم يكن حاجة إلى القسمة ، وإنما يتم هذا إذا لم يدخل الطريق والمسيل فلا يدخلان إلا برضا صريح ولا يكفي فيه ذكر الحقوق والمرافق .

(باب الاستحقاق)

عادة ولا يستأجره فلا بد من الدخول تحصيلًا للقائدة المطلوبة منه . وأما البيع فتمتليك العين لا المنفعة ، ولهذا يجوز بيع مالا ينتفع به في الحال كالأرض السبعة والمهر . والانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري يشتري الطريق والشرب والمسيل عادة ، ووحد الضمير لكل واحد أو بتأويل المذكور ، وقد يستأجرها أيضا ، وقد تكون مقصودة التجارة فيبعه من غيره فحاصلات القائدة المطلوبة .

(باب الاستحقاق)

(قوله وأما البيع فتمتليك العين الخ) أقول : مقتضى كلام المصنف أن كليهما يقصد الانتفاع ، لكن الانتفاع في الإجارة لا يمكن بدونه بخلاف البيع فشرحه لا يطابق ظاهر المشرح . وأيضا إن أراد بقوله لا المنفعة أنه ليس بتمليكها فقط فمتنوع ولا يقيد ، وإن أراد أنه ليس بتمليكها أصلا فلم يلزم هو تمليك العين والمنفعة أيضا ، والانتفاع بالمهر والأرض السبعة ممكن على ما ذكرناه . وينبغي بأن يراد بالمنفعة في الحال فليشأمل فإن البيع من غيره ليس منفعة في الحال (قوله لا المنفعة) أقول : يعني في الحال (قوله ووحد الضمير الخ) أقول : أي وحده الضمير في قوله يشتريه أو في قوله بدونه ونحن نقول فيه بحث ، فإن توجيه الضمير لكونه الطريق يشهد بذلك قوله لا يشتري الطريق وحكم الشرب والمسيل يعلم بالمقايضة كما لا يخفى .

(باب الاستحقاق)

(ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بيينة فإنه يأخذها وولدها . وإن أقر بها لرجل لم يتبعها ولدها) ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة فإنها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلا بها فيكون له ، أما الإقرار فحجة قاصرة بثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الإخبار ، وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له . ثم قيل : يدخل الولد في القضاء بالألم تبعاً ، وقيل بشرط القضاء بالولد وإليه تشير المسائل ، فإن القاضي إذا لم يعلم بالزوائد : قال محمد رحمه الله : لا تدخل الزوائد في الحكم ، فكذلك الولد إذا كان

حتى هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لأنه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهراً ، ولكن لما ناسب الحقوق لفظاً ومعنى ذكر عقيبه (قوله ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل) فإن كان (بيينة) استحق ولدها معها وأرشها إن كان (وإن) كان (بمجرد) (إقرار) المشتري (له بها) لا يستحق الولد بذلك (ووجه الفرق أن البينة حجة مطلقة) أي ثابتة في حق جميع الناس غير مقصورة على المقتضى عليه (فإنها كاسمها مبينة) لما كان ثابتاً في نفس الأمر قبل الشهادة به لأن الشهود لا يتمكنون من إثبات ملك في الحال لم يكن ثابتاً في الأصل ولا القاضي ، وإنما تظهر البينة ما كان ثابتاً قبله قبلية لا تنقضي عند حد معين ، ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض فيما إذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضاء بالبينة فإنه يثبت أنه قضاء على الكل ، ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لأن الكل صاروا مقضياً عليهم بالقضاء على المشتري الأخير ، كما لو ادعت في يد الأخير أنها حرة الأصل حيث يرجعون فالولد كان متصلاً بها في الزمان الذي ينسحب عليه إظهار البينة للملك فيكون له (أما الإقرار فحجة قاصرة) على المقر حتى لا يتعدى إلى غيره لأنه لا ولاية له على غيره ، ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن في الاستحقاق بالإقرار ، وإنما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل بإثباته في الحال ، والولد في الحال منفصل عنها ، والإقرار إنما هو بها فقط فلا يتعدى إليه ، وهذا التوجيه يقتضي أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له . وذكر الترتاشي أنه إنما لم يكن للمقر له إذا لم يدعه ، فلو ادعاه كان له لأن الظاهر أنه له ، وإذا قلنا إن الولد للمستحق بالبينة فمقتضى القاضي بالألم هل يدخل في القضاء فيصير هو أيضاً مقضياً به ؟ قيل نعم تبعاً كما أن ثبوت استحقاقه تبعاً (وقيل) لا ، بل (يشترط القضاء بالولد أيضاً) لأنه أصل يوم القضاء لانفصاله واستقلاله فلا بد من الحكم به وهو الأصح من المذهب ، قال المصنف (وإليه تشير المسائل)

ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق للمناسبة التي بينهما لفظاً ومعنى . قال (ومن اشترى جارية فولدت عنده) لا باستيلائه (فاستحقها رجل بيينة فإنه يأخذها وولدها) وإن أقر المشتري بها لرجل لم يتبعها ولدها . ووجه الفرق ما ذكره أن البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة ، ولهذا إذا أقامها ولم يجز البيع يرجع المشتري بالثمن على البائع وترد جميع الباعة بعضهم على بعض فيظهر بها ملكه من الأصل والولد كان متصلاً بها ويتفرع عنها وهي مملوكة فيكون له . وأما الإقرار فحجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير بثبت الملك في الخبر به ضرورة صحة الإخبار لأن

(قال المصنف : وقيل يشترط القضاء بالولد) أقول : في النهاية وسراج النوراية ثم القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لاوجب انفصال العقد الذي جرى بينه وبين البائع ، ولكن يوجب وقفه على إجازة المستحق انتهى . وفي غاية البيان خلاف ذلك . وفي الفتاوى الترتاشي ظاهر الرواية أنه لا ينسخ ، وقال ابن الهمام : وفي النسخة : ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق ، ولا يوجب نقضه فظاهر الرواية انتهى . وأعلم أن المنقول أن البيع متى ينسخ أقوال : قيل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس القضاء ، والصحيح أنه لا ينسخ ما لم يرجع المشتري على باله بالثمن ، حتى لو أجاز المستحق بعد ماقضى أو بعد ماقرضه قيل أن يرجع المشتري على باله يصح انتهى كلام ابن الهمام (قوله وهي مملوكة فيكون له) أقول : الأول فقوله وهي مملوكة .

في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعاً .

التي ذكرها محمد رحمه الله ، فإن محمداً قال : إذا قضى القاضى بالأصل ولم يعلم الزوائد لا تدخل الزوائد تحت الحكم وكذا إذا كانت الزوائد في يد غائب لم تدخل ، فحيث لم يدخل القضاء على الغائب في ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جاز عرف أنه يشترى القضاء بالولد بخصوصه . ثم ذكر في النهاية أن القضاء باستحقاق المبيع على المشتري لا يوجب انفساخ العقد الذي بينه وبين البائع . ولكن يوجب توقيفه على إجازة المستحق وتبعه الجماعة ، فأعترضه شارح بأن غاية ما في الباب أن يكون بيع فضولى : يعنى بائع المشتري الذى قضى عليه بالاستحقاق . وفيه إذا وجد عدم الرضا ينفسخ العقد ، وإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا : يعنى الموقوف المفسوخ لانتلقه الإجازة . واستوضح بما في الفتاوى الصغرى : اشترى شيئاً ثم استحق من يده ثم وصل إلى المشتري يوماً لا يؤمر بالتسليم إلى البائع لأنه وإن جعل مقراً بالملك للبائع لكن بمقتضى الشراء وقد انفسخ الشراء بالاستحقاق فينفسخ الإقرار . ثم قال : لا جرم لو اشترى عبداً قد أقر نصاً أنه ملك البائع ثم استحق من يده المشتري ورجع بالثمن على البائع ثم وصل إليه يوماً يؤمر بالتسليم إلى البائع لأن إقراره بالملك له لم يبطل . ونقله عن شرح قسمة خواهر زاده انتهى . وما ذكره صاحب النهاية هو المتصور . وقوله لإثبات الاستحقاق دليل عدم الرضا إن أراد دليل عدم الرضا بالبائع فليس بلازم لا يجوز أن يكون دليل عدم الرضا بأن يذهب من يده محباً ، وذلك لأنه لو لم يدع الاستحقاق وشيئاً استمر في يد المشتري من غير أن يحصل له عينه ولا بدله فإثباته ليحصل أحدهما إما العين أو البدل بأن يجز ذلك البيع ويصل الثمن إليه ، فظهر أن إثبات الاستحقاق ليس ملزوما لعدم الرضا بالبائع ، بل المحقق أنه ملزوم لعدم الرضا بذهابه وذهاب بدل عينه . وأما ما استوضح به من الفتاوى الصغرى فليس مفيداً له لأن المذكور فيها استحق من يده ثم وصل إليه ، ومعنى هذا أنه أخذ عينه من يد المشتري ثم وصل إليه ، ولا شك أنه إذا اتصل بإثبات الاستحقاق أخذ المستحق للعبد بعينه فلا بد أن يرجع المشتري بالثمن ممن هو في يده فقد ظهر منه عدم الرضا بالمبيع وإلا لم يأخذ وأجازة فأين هذا من مجرد إثبات الاستحقاق والقضاء به حتى ظهر ملكه فيه ، والله سبحانه هو الفتاح الجواد لا إله غيره ولا مرجو إلا خيره . وفي النخبة : بما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق أن استحقاق المبيع يوجب توقف استحقاق العقد السابق على إجازة المستحق ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية انتهى . وأعلم أن المنقول في أن البيع متى ينفسخ أقوال : قيل إذا قبض المستحق ، وقيل بنفس القضاء ، والصحيح أنه لا ينفسخ مالم يرجع

الإقرار لإخبار والإخبار لا بد له من خبر به ، والثابت بالضرورة يقتدر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته بعد الانفصال فيقتصر على الحال فلا يظهر ملك المستحق من الأصل ، ولهذا لا يرجع المشتري على البائع بالثمن ولا الباعة بعضهم على بعض فلا يكون الولد له : يعنى إذا لم يدع المقر له الولد ، أما إذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له ، وكذا في النهاية نقلاً عن أئمة تراش . ثم إذا قضى بالأم للمستحق بالينة هل يدخل الولد في القضاء بالأم تبعاً أم لا ؟ قيل يدخل لتبعيته لها ، وقيل يشترط القضاء بالولد على حدة لأنه يوم القضاء منفصل عن الأم فكان مستقبلاً فلا بد من الحكم به ، قيل وهو الأصح لأن المسائل تشير إلى ذلك . قال محمد رحمه الله : إذا قضى القاضى بالأصل ولم يعرف الزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم ، وكذا الولد إذا كان في يد رجل غائب فالقضاء بالأم لا يكون قضاء بالولد .

(قوله والإخبار لا بد له) أقول : أى لصحة (قوله من خبر به) أقول : يعنى محقق (قوله أما إذا ادعى الولد كان له لأن الظاهر أنه له) أقول : لكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق .

قال (ومن اشترى عبدا فإذا هو حرّ وقد قال العبد للمشتري اشترني فلاني عبد له ، فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء . وإن كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على البائع ، وإن ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده حرا لم يرجع عليه على كل حال .

المشتري على بائعه بالتمن ، حتى لو أجاز المستحق بعد ما قضى له أو بعد ما قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه يصح . وقال شمس الأئمة الحلواني : الصحيح من مذهب أصحابنا أن القضاء للمستحق لا يكون فسحا للبياعات ما لم يرجع كل على بائعه بالقضاء . وفي الزيادات : روى عن أبي حنيفة أنه لا ينتقص ما لم يأخذ العين بمحكم القضاء . وفي ظاهر الرواية لا يفسخ ما لم يفسخ وهو الأصح انتهى . ومعنى هذا أن يراضيا على الفسخ لأنه ذكر فيها أيضا : إذا استحق المشتري فأراد المشتري نقض البيع من غير قضاء ولا رضا البائع ليس له ذلك لأن أحمال إقامة البينة على النتائج من البائع أو على تلي الملك من المستحق ثابت إلا إذا قضى القاضي فيلزم العجز فيفسخ انتهى . يعنى يلزم العجز عن إثبات ذلك ، أو المراد أن يفسخ المستحق فإنه هو المالك ، نعم لا شك في أنه لو فرض اتفاق عدم رجوع المشتري بعد أن قضى للمستحق وأخذ المبيع واستمر غير محيز أنه يفسخ فإن سكوتيه بعد الأخذ عن الإجازة قدر ما يتمكن فيه من الإجازة ، ولم يحز دليل ظاهر في عدم رضاه بالبيع (قوله ومن اشترى عبدا) أى اشترى إنسانا (قال له اشترى فلاني عبدا فإذا هو حرّ) أى فظهر أنه حرّ ببينة أقامها (فإن كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة) أى يدري مكانه (لا يرجع على العبد شيء) من التمن الذى قبضه بائعه للتمن من الرجوع على القابض « وإذا كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد » بما دفع إلى البائع من التمن (ورجع) العبد (على بائعه) بما رجع المشتري به عليه إن قدر ، وإنما يرجع العبد على البائع مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه وهو مضطر في أدائه ، بخلاف من أدى عن آخر دين أو حقا عليه بغير أمره فليس مضطرا فيه فإنه لا يرجع به ، والتقييد بالقيدين لأنه لو قال أنا عبد وقت البيع ولم يأمره بشرائه أو قال اشترى ولم يقل فلاني عبد لا يرجع عليه شيء (ولو ارتهن عبدا مقرا بالرق فظهر حرا) وقد كان قال ارتهن فلاني عبد الراهن (لم يرجع عليه) أى على العبد (على كل حال)

قال (ومن اشترى عبدا فإذا هو حرّ) أى رجل قال لآخر اشترى فلاني عبد فاشتراه فإذا هو حرّ فلا يخاو إما أن يكون البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة (وإما أن يكون غائبا غيبة منقطعة لا يدري أين هو) فإن كان الأول فاليس له على العبد شيء ، وإن كان الثاني رجع المشتري على العبد والعبد على البائع . وإن لم يقل لاني عبد ليس على العبد شيء في قولهم ، وإن قال ارتهن فلاني عبد فوجده حرا لم يرجع المتهن على العبد بحال : أى سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا أية غيبة كانت . وعن أبي يوسف أنه لا يرجع على العبد في البيع والرهن لأن الرجوع في هذا العقد إما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة وليس شيء منهما بموجود ، وإنما الموجود هو الإخبار كاذبا فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال ارتهن فلاني عبد وهى المسئلة الثانية . ولهما أن المشتري اعتمد في شرائه على أمره بقوله اشترى وإقراره بالعبودية بقوله فلاني عبد إذ القول قوله في الحرية ، فحين أقر بالعبودية غلب ظن المشتري بذلك والمعتمد على الشيء بأمر الغير ، وإقراره مغرور من جهته والغرور في المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرور بقدر الإمكان . كما في المولى إذا قال لأهل السوق هذا عبدى وقد أذنت له في التجارة فباعوه فباعوه ولحقته ديون ثم ظهر أنهم حرّ فأنهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بمحكم الغرور ، وهذا غرور وقع في عقد المعاوضة والعبد بظهور حرّيته أهل الضمان فيجعل ضمانا للتمن عند تعلل رجوعه على البائع دفعا

وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يرجع فيها لأن الرجوع بالمعوضة أو بالكفالة والموجود ليس إلا الإخبار كاذبا فصار كما إذا قال الأجنبي ذلك أو قال العبد ارتبى فإني عبد . ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على ما أمره وإقراره أتى عبد ، إذ القول له في الحرية فيجعل العبد بالأمر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر ، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه ، والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الأمر به ضامنا للسلامة كما هو موجب ، بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضامنا للسلامة ،

أى سواء كان الرهن حاضرا أو غائبا يعرف مكانه أو لا يعرف . وهذا ظاهر الرواية (عنهم : وعن أبي يوسف أنه لا يرجع فيها) أى في البيع والرهن (لأن الرجوع بالمعوضة) وهى البايعة هنا (أو بالكفالة) وليس واحد منهما ثابتا (بل) الثابت (ليس إلا) مجرد (الإخبار كاذبا فصار كما لو قال أجنبي) لشخص (ذلك) وكقول العبد (ارتبى فإني عبد وهى المسئلة المذكورة ثانيا . ولهما أن المشتري شرع في الشراء معتمدا على أمره وإقراره) فكان مغرورا من جهته . والتغدير في المعاوضات التى تقتضى سلامة العوض تجعل سببا للضمان دفعا للضرر بقدر الإمكان فكان بتغديره (ضامنا) لدرك (الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع ، ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه كالمولى إذا قال) لأهل السوق (بايعوا عبدي فإني قد أذنت له) ففعلوا (ثم ظهر استحقاق العبد) فلهنهم (يرجعون على المولى بقيمة العبد) ويجعل للمولى بذلك ضامنا لدرك ما ذاب عليه دفعا للغرور عن الناس (بخلاف الرهن فإنه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه) فلو هلك يقع استيفاء الدين ، فلو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام . وإذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الأمر به ضامنا لأنه ليس بتغدير فى عقد معاوضة ، ولهذا قالوا : لو قال رجل لآخر وقد سأله عن

للضرر ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه (قوله والبيع عقد معاوضة) إنما صرح به مع كونه معلوما من قوله إن المشتري شرع في الشراء تمهيدا للجواب عن الرهن واهتماما ببيان اختصاص موجبة الغرور للضمان بالمعاوضات ولهذا قالوا : إن الرجل إذا سأل غيره عن أمن الطريق فقال أسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فإذا فيه لصوص سلبوا أمواله لم يضمن الخبير شيئا لما أنه غرور فيها ليس بمعاوضة ، وكذلك لو قال : كل هذا الطعام فإنه غير مسموم فأكل فأت فظهر بخلافه لكونه تغديرا فى غير المعاوضة . وإذا عرف هذا ظهر الفرق بين البيع والرهن فإنه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه ولهذا جاز الرهن ببذل الصرف والمسلم فيه . وإذا هلك يقع فيه الاستيفاء ، ولو كان معاوضة لكان استبدالا برأس مال السلم أو بالمسلم فيه وهو حرام ، وإذا لم يكن معاوضة لم يجعل الأمر به ضامنا للسلامة ، وبخلاف الأجنبي فإنه لا معتبر بقوله فلا يتحقق الغرور . ثم في وضع المسئلة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة رحمه الله ، وهو أن الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقص يفسد الدعوى ، والعبد بعد ما قال اشتري فإني عبد إما أن يدعى الحرية أو لا ، والأول تناقض والثاني يتنق به شرط الحرية . والجواب أن قول محمد فإذا العبد حر يحتمل حرية الأصل والحرية يتناق عارض ، فإن أراد الأول قاله وجهان : أحدهما

(قال المصنف : ومن أبي يوسف أنه لا يرجع فيها) أقول : قوله فيها : أى البيع والرهن ، ولا يخفى عليك ما في قوله أو قال ارتبى من جمل الشيء مقبلا عليه لنفسه فليأتمل ، فإنه يجوز أن يقال : تقرير الكلام أما في الرهن فبالإجماع ، ولما في البيع فلا الرجوع الخ . وترك التصيل للاعتدال على الفهم (قال المصنف : بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه الخ) أقول : فيه بحث ، فإن ثقت فراجع آخر كتاب المهر .

وبخلاف الأجنبية لأنه لا يعابى بقوله فلا يتحقق الغرور. ونظير مسئلتنا قول المولى بإيعا عبيدى هذا، فإلى قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فإنهم يرجعون عليه بقيمتهم. ثم في وضع المسئلة ضرب إشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله، لأن الدعوى شرط في حرية العبد عنده، والتناقض يفسد الدعوى. وقيل إذا كان الوضع في حرية الأصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم. وقيل هو شرط لكن التناقض غير مانع لخفاء العلوق وإن كان الوضع في الإعتاق فالتناقض لا يمنع لاستبداد المولى به

أمن هذا الطريق فقال اسلكه فإنه آمن فسلكه فذهب ماله لم يضمن، وكذا لو قال كل هذا الطعام فإنه ليس بمسوم فأكله فتاب لأقصاص عليه، غير أنه استحق عند الله عذابا لا يطاق (وبخلاف الأجنبية لأنه لا يعابى بقوله) فالرجل هو الذى اغتر. قال المصنف (ثم في وضع المسئلة ضرب إشكال على قول أبى حنيفة لأن الدعوى) أى دعوى الحرية (شرط) في القضاء بينتها والدعوى لا تصح من هذا العبد للتناقض، فإن دعوى الحرية تناقض تصريحه برفقه. فأجيب من جهة بعض المشايخ أن هذه الدعوى إن كانت بحرية الأصل (فالدعوى ليست بشرط عنده) كقولها في دعوى الحرية مطلقا (لتضمنه تحريم فرج أمه) على السيد وتحريم أخواتها وبناتها وحرمة الفرج حقه تعالى والدعوى ليست شرطا في حق الله تعالى كما في عتق الأمة حتى أن الشهود يحتاجون إلى شهادتهم إلى تعيين الأم والحرمات لا تحتاج في القضاء بها إلى الدعوى، وإذا لم تحتج إلى الدعوى لا يضر التناقض فيها (وقيل هو) أى الدعوى (شرط) مطلقا في حرية الأصل ودعوى الإعتاق في الكافي والصحيح أنه دعوى العبد شرط عند أبى حنيفة في حرية الأصل والعتق العارض (لكن التناقض) في دعوى الحرية لا يمنع صحة الدعوى بها، أما في حرية الأصل (فلخفاء) حال (العلوق) فإنه يسبى مع أمه أو بدونها ولا يعلم بحريتها ورقها حال العلوق به فيقر بالرق ثم تظهر له حرية أمه فيدعى الحرية، وفي الإعتاق العارض فلأن المولى ينفرده، ولا يعلم العبد فيقر بالرق

ما قاله عامة المشايخ أن الدعوى ليست بشرط فيها عنده لتضمنه تحريم فرج الأم، لأن الشهود في شهادتهم يحتاجون إلى تعيين الأم وفي ذلك تحريمها وتحريم أخواتها وبناتها، فإنه إذا كان حر الأصل كان فرج الأم على مولاه حراما وحرمة الفرج من حقوق الله تعالى، والدعوى ليست بشرط كما في عتق الأمة، وإذا لم تكن الدعوى شرطا لم يكن التناقض مانعا. والثاني ما قاله بعض المشايخ: إن الدعوى وإن كانت شرطا في حرية الأصل أيضا عنده لكن يعنى في التناقض خفاء حال العلوق، وكل ما كان مبناه على الخفاء فالتناقض فيه معفو كما نذكر، وإن أراد الثاني فله الوجه الثاني وهو أن يقال التناقض لا يمنع صحة الدعوى في العتق لثباته على الخفاء إذ المولى يستند به، فربما لا يعلم العبد إعتاقه ثم يعلم بعد ذلك، كالمختلعة تقيم البيئة على الطلقات الثلاث قبل الخلع فإنها تقبل منها لأن الزوج ينفرده بالطلاق فربما لم تكن عالمة عند الخلع ثم علمت. وإنما قيد بالثلاث لأنه فيها دونه أمكن أن يقيم الزوج بيئة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذى أثبتته المرأة بيننا قبل يوم أو يومين، وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك، وكذا المكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة. ثم المرأة والمكاتب يستردان بدل الخلع والكتابة بعد إقامة البيئة على

(قوله لتضمنه تحريم، إل قوله: إل تعيين الأم) أقول: أنت خير بأن تضمن المذكور حاصل بدون التعيين أيضا كما في تحريم فرج الأخوات والبنات، ولعل العرض للاحتياج إلى التعيين لكون تضمن فيه أظهر (قوله والدعوى ليست بشرط) أقول: أى في حرمة الفرج (قوله لم يكن التناقض مانعا) أقول: إذا ادعى الحرية ولا ينتفى شرط الحرية إذا لم تدع (قال المصنف: وقيل هو شرط) أقول: تكثير التفسير للرجوع إلى الدعوى لكونها في تأويل أن يدعى، وهذا مطرد في المصادر المؤلفة أو في تأويل الادعاء أو باعتبار الخبر (قوله قبل يوم أو يومين) أقول: من وقت الخلع (قوله وأما في الثلاث فلا يمكن ذلك) أقول: إذ فرض المسئلة فيما إذا لم يمكن انقضاء العدة والتسليم عند الطلاق الذى أقامت البيئة عليه.

فصار كالمختلعة تقيم البيئة على الطلقات الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الإعناق قبل الكتابة . قال (ومن ادعى حقا في دار) معناه حقا مجهولا (فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار إلا آخرها منها لم يرجع بشيء) لأن للمدعى أن يقول دعواي في هذا الباقي . قال (وإن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء يرجع بحسابه) لأن التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامة المبدل ، ودلت المسئلة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تنفي إلى المنازعة . والله تعالى أعلم بالصواب .

ثم يعلمه فيدعيه ، والتناقض في دعوى ما فيه خفاء يعذر فيه (وصار كالمختلعة تقيم البيئة على تطبيق) الزوج إياها (ثلاثا قبل اختلاعهما) تقبل (وكذا المكاتب يقيمها على الإعناق قبل الكتابة) تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة لإقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببذل الخلع ومال الكتابة . وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهي أصل في الاستحقاق . وهي : رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه ثم جاء مستحق فقال هذا القميص لي وأثبتته بالبيئة فالمشتري لا يرجع بالثمن على البائع ، لأن الاستحقاق ما ورد على ملك البائع ، لأنه لو كان ملكه في الأصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك المقتسوب منه الثوب إلى الضامن ، فالأصل أن الاستحقاق إذا ورد على ملك البائع الكائن من الأصل يرجع عليه ، وإن ورد على ملك المشتري بعد ما صار إلى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع على البائع لأنه متيقن الكذب ، ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فأقام رجل بيئة أنها له منذ شهر يقضى بها له ولا يرجع على بانه ، وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ، ولو كان أقام البيئة أنه كان له قبل هذه الصفة رجع المشتري بالثمن . وعلى هذا الجواب إذا اشترى خنطة وطحنها ثم استحق الدقيق ، ولو قال كانت قبل الطحن لي يرجع ، وكذا إذا اشترى لحما ففواه . ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البيئة رجل آخر أن الرأس والأطراف واللحم والجلد له ففقضى بها رجع المشتري على البائع لأن هذا استحقاق عين الشاة (قوله حقا في دار) أي مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت (الدار إلا ذراعا لم يرجع) على الذي صالحه (بشيء) لتمكنه من أن يقول مرادى من الحق الذي ادعيته أو الحق الذي ادعيه هذا الباقي (ولو) كان (ادعاها كلها فصالحه فاستحق منها شيء يرجع بحسابه ، لأن التوفيق هنا غير ممكن فوجب الرجوع ببذله عند فوات سلامته ، ودلت المسئلة على) أمرين : أحدهما (أن الصلح عن مجهول على معلوم جائز) لأن الإبراء عن المجهول جائز عندنا (لأن الجهالة فيما يسقط لا تنفي إلى المنازعة) . والآخر أن صحة الدعوى ليست شرطا في صحة الصلح لأن دعوى الحق غير صحيحة للجهالة المدعى به ، ولذا لو أقام به بيئة لا تقبل ، أما إذا ادعى إقرار المدعى عليه بالحق قبلت البيئة .

ما ادعاه . قال (ومن ادعى حقا في دار) من ادعى حقا مجهولا في دار بيد رجل فصالحه الذي في يده على مئة درهم فاستحق الدار إلا ذراعا منها لم يرجع بشيء لأن للمدعى أن يقول دعواي في هذا الباقي ، وإن ادعى كلها فصالحه على مائة فاستحق منها شيء يرجع بحسابه ، إذ التوفيق غير ممكن والمائة كانت بدلا عن كل الدار . ولم تسلم فتقسم المائة لأن البذل يقسم على أبرزاء المبدل (ودلت المسئلة على أن الصلح عن المجهول على المعلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تنفي إلى المنازعة) قالوا : ودلت أيضا على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لأن دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة ، ولهذا لا تقبل البيئة على ذلك إلا إذا ادعى إقرار المدعى عليه بذلك

(قال المصنف : ودلت المسئلة على أن الصلح عن المجهول على معلوم جائز) أقول : وسيجيء أيضا في مسائل شتى من كتاب أدب القاضي .

[فروع] اشترى شيئا ثم قال هو ملك فلان وصلته أو ادعاء فلان وصلته هو أو أنكر فحالف فنكل ليس له في شيء من ذلك الرجوع على البائع ، بخلاف الوكيل بالبيع إذا ردّ عليه بعيب فحلف فنكل يلزم الموكل لأن النكول من المضطر كالبينة وهو مضطر في النكول إذ لم يعلم عيبه ولا سلامته . ولو أقام المشتري بينة على أنه ملك فلان لا يقبل لتناقضه ، فإن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع ، فإذا ادعاء لغيره تناقض ، بخلاف ما لو برهن على إقرار البائع أنه ملك فلان يقبل لعدم تناقضه ، وبخلاف ما لو برهن على أنها حرة الأصل وهي تدعى ذلك أو أنها ملك فلان وهو أعتقها أو دبرها أو استولدها قبل شرائها حيث يقبل ويرجع بالثمن على البائع لأن التناقض في دعوى الحرية وفروعه لا يمنع صحة الدعوى . باع عقارا ثم برهن أن ما باعه وقف لا يقبل لأن مجرد الوقف لا يزيل الملك ، بخلاف الإعتاق ؛ ولو برهن أنه وقف محكوم بلزومه يقبل . ولو برهنت أمة في يد المشتري الأخير أنها معتقة فلان أو مدبرته أو أم ولده يرجع الكل إلا من كان قبل فلان . اشترى شيئا ولم يقبضه حتى ادعى آخر أنه له لا تسمع دعواه حتى يحضر المشتري والبائع لأن الملك للمشتري واليد للبائع والمُدعى يدعيهما فشرط القضاء عليهما حضورهما . ولو قضى له بها بحضرتهما ثم برهن البائع أو المشتري على أن المستحق باعها من البائع ثم هو باعها من المشتري قبل ولزم البيع لأنه يقرر القضاء الأول ولا ينقضه . ولو فسخ القاضي البيع بطلب المشتري ثم برهن البائع أن المستحق باعها منه بأخذها وتبقي له ولا يعود البيع المنتقض ؛ ولو قضى للمستحق بعد إثباته بالمستحق ثم برهن البائع على بيع المستحق منه بعد الفسخ تبقى الأمة للبائع عند أي حنيئة ، وليس له أن يلزمها المشتري لنفوذ القضاء بالفسخ باطنا وظاهرا عنده ، ولو استحققت من يد مشتر فبرهن الذي قبله على بيع المستحق من بائع بانه قبل لأنه خصم ، ولو برهن البائع الأول أن المستحق أمره ببيعها وهلك الثمن في يده يقبل ، ولو استهلكه أو رده لا يقبل ، ولو أقر عند الاستحقاق بالاستحقاق ومع ذلك أقام المستحق البينة وأثبت عليه الاستحقاق بالبينة كان له أن يرجع على بائعه لأن القضاء وقع بالبينة لا بالإقرار لأنه محتاج إلى أن يثبت بها ليحكم الرجوع على بائعه . هكذا ذكر رشيد الدين في باب دعوى الدين بسبب وبغير سبب من فتاواه . وذكر في باب ما يكون لإقرارا من المدعى عليه من فتاواه المدعى : لو أقام بينة على دعواه ثم أقر المدعى عليه بالملك له فالقاضي يقضى بالإقرار لا بالبينة ، لأن البينة إنما تقبل على المنكر لا المقر . وذكر في آخر كتاب الدعوى : ادعى حينا في يد رجل وأنكر المدعى عليه فأقام بينة على ما ادعاء فقبل أن يقضى القاضي للمدعى ببينته أقر المدعى عليه بالعين للمدعى يقضى بالبينة أو بالإقرار ، اختلف فيه المشايخ ، بعضهم قالوا بالإقرار ، وبعضهم قالوا بالبينة لأن المدعى حين أقام البينة كان المدعى عليه منكرا واستحق المدعى القضاء بالبينة فلا يطل هذا الاستحقاق بإقراره . قال : والأول أظهر وأقرب إلى الصواب ، وهو يتناقض ما ذكره في باب دعوى الدين إلا أن يخص تلك بمعارض الحاجة إلى الرجوع وقصد القاضي إلى القضاء بإحدى الحجيتين بينهما فيحصل أنه إذا ثبت الحق بالبينة والإقرار ينبغي على ما جعله الأظهر أن يقضى بالإقرار وإن سبقته إقامة البينة ، غير أن القاضي يتمكن من اعتباره قضاء بالبينة فعند تحقق حاجة الخصم إلى ذلك ينبغي أن يعتبر قضاء بها ليندفع الضرر عنه بالرجوع ، ولو قضى بالاستحقاق فطلب المشتري الثمن من البائع فردّه إليه ثم ظهر فساد القضاء فليس للمشتري أن يسترد المستحق من البائع لثبوت التقابل ولو لم يترادا ولكن

(فصل في بيع الفضولى)

قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالملك بالخيار ، إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء فسخ) وقال الشافعى رحمه الله : لا يتعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد قلنا ، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية .

القاضى قضى للمستحق وفسخ البيع ثم ظهر فساد القضاء يظهر فساد الفسخ . ولو أحب البائع أن يأمن غائلة الرد بالاستحقاق فأبرأه المشتري من ضمان الاستحقاق قاتلاً لأرجح بالتمن إن ظهر الاستحقاق فظهر كان له الرجوع ولا يعمل ما قاله لأن الإبراء لا يصح تعليقه بالشرط . قالوا : والحيلة فيه أن يقر المشتري أن ياتى قبل أن يبيعه متى اشتراه متى ، فإذا أقر على هذا الوجه لا يرجع بعد الاستحقاق لأنه لو رجع على بائعه فهو أيضاً يرجع عليه بإقراره أنه باعه منه ، والله أعلم .

(فصل في بيع الفضولى)

مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة ، لأن دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولى على أحسن الوجوه ، لأنه يتضمن إما دعواه أن بائعك باع ملكي بغير أمرى لعنصه أو فضوله . وأحسن الخارج الماتمة فيه فضوله ، والفضول جمع فضل غلب في الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية فيه ؛ فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف أنت فضولى يخشى عليه الكفر (قوله ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالملك بالخيار ، إن شاء أجاز البيع ، وإن شاء فسخ) وهو قول مالك وأحمد (وقال الشافعى : لا يتعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد قلنا ، ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية) وصار كبيع الأبق والطير في الهواء في عدم القدرة على التسليم ، وطلاق الصبي العاقل في عدم الولاية ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك ، قلنا : المراد البيع الذى تجرى فيه المطالبة من الطرفين وهو النافذ ، أو المراد أن يبيعه ثم يشتريه فيسلمه بحكم

(فصل في بيع الفضولى)

مناسبة هذا الفصل لباب الاستحقاق ظاهرة لأن بيع الفضولى صورة من صور الاستحقاق ، لأن المستحق إنما يستحق ويقول عند الدعوى هذا ملكي ومن باعك فأنا باعك بغير إذنك فهو عين بيع الفضولى . والفضولى بضم الفاء لا غير ، والفضل الزيادة ، وقد غلب جمعه على ما لاخير فيه ؛ وقيل لمن يشتغل بما لا يعنيه فضولى ، وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل ، وفتح الفاء خطأ . قال (ومن باع ملك غيره بغير أمره فالملك بالخيار (الخ) ومن باع ملك غيره بغير إذنه فالملك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ ، وهو مذموم مالك وأحمد في رواية . وقال الشافعى في الجديدي وهو رواية عن أحمد : لم يتعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد قلنا ، وما لم يصدر عن ولاية شرعية لا يتعقد لأن الانعقاد لا يكون إلا بالولاية الشرعية . ولنا أنه

(فصل في بيع الفضولى)

(قوله لأن بيع الفضولى صورة (الخ) أقول : لأن الإعتقاد قد يكون بالمحبة (قوله لأن المستحق إنما يستحق (الخ) أقول : كلمة إنما لا تلازم قوله صورة من صور الاستحقاق (قوله لأنها بالملك أو بإذن المالك) أقول : ونحن نمتنع انحصار طريق ثبوت الولاية الشرعية في ذمتك .

ذلك العقد ، وذلك غير ممكن لأن الحادث يثبت مقصوراً على الحال ، وحكم ذلك السبب ليس هذا ، بل أن يثبت بالإجازة من حين ذلك العقد ولهذا يستحق المبيع بزواله المتصلة والمتفصلة . وسبب ذلك النهي يفيد هذا وهو قول حكيم « يارسول الله إن الرجل يأتني فيطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشترىها فأسامها ، فقال صلى الله عليه وسلم : لا تبع ما ليس عندك » وقال الكرخي : حدثنا إبراهيم بن موسى الجوزي قال : حدثنا الحسن بن القزقال : حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقلة سمعه من قومه عن عروة البارقي . وحدثنا إبراهيم قال : حدثنا ميمون الخياط قال : حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقلة : حدثنا الحمي عن عروة البارقي « أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري به أضعفة فاشترى شاتين ، فباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار ، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة ، فكان لو اشترى تراباً ربح فيه » وروى « أنه صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام ليشتري به أضعفة ، فاشترى شاة ثم باعها بدينارين . ثم اشترى شاة بدينار وجاء الشاة والدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فأخبره بذلك فقال : صلى الله عليه وسلم : بارك الله لك في صفقتك ، فأما الشاة فضعها بها ، وأما الدينار فتصدقه به » وقولك لا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية ، إن أردت لا انعقاد على وجه النفاذ سلمناه ولا يضر : وإن أردت لا انعقاد على وجه التوقف إلى أن يرى المالك مصلحة في الإجازة فيجوز فعله أو علمها فيبطئه ممنوع ، ولا دلائل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمشتري والمشتري من غير ضرر ، ولا مانع شرعي فيدخل ثبوته في العمومات . أما تحقق ما ذكرنا فإن المالك يمكن مؤنة طلب المشتري ووفور الثمن وقراره ونفاق سلعته وراحته منها ووصوله إلى البذل المطلوب له المحبوب والمشتري ووصوله إلى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها إذا كان مهماً له والعاقد يصون كلامه عن الإغواء والإهدار بل وحصول الثواب له إذا نوى الخير لله تعالى من الإعانة على حصول الرفق لأخيه المسلم . ولما كان هذا التصرف خيراً لكل من جماعة عباد الله من غير ضرر كان الإذن في هذا العقد ثابتاً بذاته ، إذ كل عاقل يأذن في التصرف النافع له بلا ضرر يشيئه أصلاً وبالعمومات فوجب اعتباره وصار كالوصية من المديون ،

تصرف تمليك ، وقد صدر من أهله ووقع في محله فوجب القول بانعقاده ، أما أنه تصرف تمليك من قبيل إضافة العام إلى الخاص كعلم الفقه فلا نزاع في ذلك ، وإنما قال تصرف تمليك ولم يقل تمليك لأن التمليك من غير المالك لا يتصور . فإن قيل : تصرف التمليك شرع لأجل التمليك فإن المراد بالأسباب الشرعية أحكامها ، فإذا لم يند تصرف التمليك كان لغواً . فالجواب أن الحكم يثبت بقدر دليله ، وهذا التصرف لما كان موقوفاً لما نذكر أفاد حكماً موقوفاً كما أن السبب البات أفاد حكماً باتاً وأن السبب إنما يكون لغواً إذا خلا عن الحكم ، فأما إذا تأخر فلا كما في البيع بشرط الخيار ، وأما صدوره من الأهل فلأن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ ، وأما المحل فإن محل البيع هو المال المتقوم ، وبانعدام الملك للعاقد في المحل لا تنعدم المالية والتقوم ، ألا ترى أنه إذا باع ياذن المالك بجاز ، والإذن لا يجعل غير المحل محلاً . وأما وجوب القول بانعقاده فلأن الحكم عند تحقق مقتضى لا يمنع إلا لما منع والمانع

(قوله لأن التمليك من غير المالك لا يتصور) أقول : فيه منع ، فإن وصي اليتيم مثلاً ليس بمالك للمال اليتيم ويملكه بالبيع بالاتفاق . وأيضاً إذا كان إضافة العلم إلى الفقه يكون قولنا تصرف تمليك في معنى تمليك إذ معناه حينئذ تصرف هو تمليك (قوله فلاذن أهلية التصرف بالعقل والبلوغ) أقول : الأول هو التصر على العقل عل ما سيجيء في المأذون ليشمل بيع الصبي للعقل المتقول .

ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول بانعقاده . إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيره . بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقراراته وغيره ، وفيه نفع العاقل لصون كلامه عن الإلغاء ، وفيه نفع المشتري فثبت القدرة الشرعية تحصيلها لهذه الوجوه ، كيف وإن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن في التصرف النافع ،

المستغرق وبأكثر من الثلث إذا كان المقود عليه باقيا حيث يتوقف على إجازة المستحق بالإجماع ، فهذا أصل لقياس صحيح . لا يقال : فإذا ثبت الإذن دلالة ينبغي أن ينقذ العقد . لأننا نقول : الثابت دلالة ما لا ضرر فيه ، وذلك هو الانعقاد موقوفا على رأى المالك فثبت بهذا القدر . فأما نقاضه بلا رآيه ففيه إضرار به ، إذ قد لا يريد بيعه فيثبت . بخلاف بيع الطير في الهواء والسمك في الماء لا يجوز لعدم المحل ، فإن الطير ليس بمملوك أصلا قبله وما ليس بمملوك لأحد لا يكون محلا للبيع ، وبيع الآبق ينقذ فاسدا وهو عندنا مفيد للملك إذا اتصل به القبض وعدم توقف طلاق الصبي ولو بالملح الشرع فإنه أنزله كالحيتون فيها نحن فيه وإن كان عاقلا إذ صح توكيله بذلك من غيره . وطلاق المرأة ضرر ظاهر فإن عقد النكاح شرع للرحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لأعلى إجازة وليه ولا على إجازته بعد البلوغ . بخلاف ما لو اشترى أو زوج أمته فإن هذه التصرفات تتوقف على إجازة وليه أو إجازته بعد البلوغ . فإن قيل : يجب أن يلغو لعدم المقصود منه وهو الملك . قلنا : لا يلزم من عدم ترتيبه في الحال علمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم علمه ، وكون متعلق العقد مرجوا كاف في صحة التصرف . وعن هذا صح تعليق الطلاق والعراق بالشرط ، وإلا فلا وقوع في الحال ولا يقطع بوقوعه فكان ينبغي أن يلغى ، لكن لما كان بحيث يرجى صح وانقضاء سببا في الحال مضافا أو عند الشرط كقولنا هذا . وقول المصنف (تصرف تمليك) من إضافة العام إلى الخاص كحركة الإعراب ، والإضافة في مثله بيانية : أى تصرف هو تمليك وحركة هي إعراب ، ولا حاجة إلى هذا القيد هنا لأن تصرفات الفضولى تتوقف عندنا إذا صدرت ، وللتصرف مجيز : أى من يقدر على الإجازة سواء كان تمليكا كالبيع والإجازة والهبة والتزويج والتزوج أو إسقاطا ، حتى أو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلق وانقذ ، وكذا سائر الإسقاطات للديون وغيرها ، وكان الأحسن أن يقول تصرف شرعى ، وأما القياس على الفضولى بالشرء فى شراء الفضولى : تفصيل ذكره في شرح الطحاوى ، وطريقه الخلاف وهو أنه لو قال بع هذا الغلان فقال المالك بع فقال الفضولى قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس ، أما إذا قال الفضولى اشتريت هذا لأجل فلان فقال بع أو قال المالك ابتداء بع منك هذا العبد لأجل فلان فقال اشتريت فقد على الفضولى غير متوقف على إجازة فلان لأنه وجد نقادا على المشتري فلا يتوقف لأنه أضيف إليه ظاهرا فلا حاجة إلى إيقافه إلى رضا الغير . وقوله لأجل فلان

منتف لأن المانع هو الضرر ولا ضرر في ذلك لأحد من المالك والعاقلين ، أما المالك فلأنه غير بين الإجازة والفسخ ، وله فيه منعة حيث يكفي مؤنة طلب المشتري وقراراته ، وأما الفضولى فلأن فيه صون كلامه عن الإلغاء ، وأما المشتري فظاهر فثبت القدرة الشرعية تحصيلها لهذه المنافع . فإن قيل : القدرة بالملك أو بالإذن ولم يوجد . أجاب عن ذلك منكرا بقوله كيف وأن الإذن ثابت دلالة ، لأن العاقل يأذن في التصرف النافع . فإن قيل : سلمنا وجود مقتضى لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر بل علم الملك مانع شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم للحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك وكذلك العجز عن التسليم ، ألا ترى أن بيع الآبق والطير في الهواء

قال (وله الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان مجاهما) لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه ،

يحتمل لأجل شفاعته أو رضاه ، بخلاف البيع لم يجد نفاذا (قوله وله الإجازة) أى للمالك (إذا كان المعقود عليه باقيا) وهو المبيع (و) كذا (المتعاقدان) وهما الفضولى والذى خاطبه فلا بد من بقاء أربعة : الثلاثة المذكورة ، والمالك حتى لومات لاتصح إجازة الوارث كما سذكر ، هذا فيما إذا كان الثمن ديناً : أى مما لا يتعين وهذا (لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيام العقد) الذى هو مورد هذا التصرف وقيامه (بقيام العاقدين والمعقود عليه) وإنما لم يذكر المالك لأنه ذكر أن الإجازة منه وهو فرع وجوده . وفى الإيضاح . عقد الفضولى في حق وصف الجواز موقوف على الإجازة فأخذت الإجازة حكم الإنشاء ، ولا بد في الإنشاء من قيام الأربعة ، وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لأن الملك لم ينتقل فيه وإنما ينتقل بعد الإجازة ، ولا يمكن أن ينتقل بعد المالك والمشتري يلزمه الثمن ، وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبايع لأنه يلزمه حقوق العقد بالإجازة ولا تلزم

لا يجوز مع وجود الملك فيها ؟ فالجواب أن قوله لا يتبع نهى عن البيع المطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والكامل هو البيع البات فلا اتصال له بموضع النزاع والقدرة على التسليم بعد الإجازة ثابتة . والدليل على ذلك ما روى الكرخي في أول كتاب الوكالة قال : حدثنا إبراهيم قال : حدثنا محمد بن ميمون الخياط قال : حدثنا سفيان عن شبيب بن غرقدة . قال : أخبرنا الحسن عن عروة البارقي (وأن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناراً ليشتري أضحية ، فاشتري شاتين بفباع إحداهما بدينار وجاء بشاة ودينار ، فدعا النبي صلى الله عليه وسلم في بيعه بالبركة فكان لو اشترى تراباً ربيع فيه ؟ لا يقال : عروة البارقي كان وكيلاً مطلقاً بالبيع والشراء لأنه دعوى بلا دليل إذ لا يمكن إثباته بغير نقل ، والمنقول أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يشتري له أضحية ، ولو كان لنقل على سبيل المدح له . فإن قيل : هل يجوز شراء الفضولى كبيعته أو لا ؟ أجيب بأن فيه تفصيلاً ، وهو أن الفضولى إن قال بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت فقال الفضولى اشتريت لأجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان وقال الفضولى قبلت لأجله فهو على هذا الخلاف . وإن قال اشتريت منك هذا العين لأجل فلان فقال المالك بعت أو قال المالك بعت منك هذا العين لأجل فلان فقال اشتريت على إجازة فلان لأنه وجد نفاذاً على المشتري حيث أضيف إليه ظاهراً فلا حاجة إلى الإيقاف على رضا الغير . وقوله لأجل فلان يحتمل لأجل رضاه وشفاعته وغير ذلك ، بخلاف البيع فإنه لم يجد نفاذاً على غير المالك ولم ينفذ على المالك فاحتج إلى الإيقاف على رضا الغير ، وإلى هذا الوجه أشار المصنف بعد بقوله والشراء لا يتوقف على الإجازة (قوله وله) أى للمالك (الإجازة) . اعلم أن الفضولى إما أن يبيع العين بشئ دين كالدرهم والدينار والفلوس والكيل والوزن الموصوف بغير عينه . وإما أن يبيع بشئ عين ، فإن كان الأول فللمالك الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان مجاهما ، فإن أجاز حال قيام الأربعة جاز البيع لما ذكر أن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وكانت الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة فيكون البائع بمنزلة الوكيل والثمن مملوك للمالك أمانة في يد الفضولى ،

(قوله فالجواب أن قوله لا يتبع نهى عن البيع الخ) أقول : وإنما لم يجب لأن النهى يقتضى المشروعية كما سبق لأنه يجرى إلى نساد البيع فليتلأ (قوله والقدرة على التسليم الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه ذكر في مسئلة بيع الإقار إذا عاد من الإباق حيث لا يتم العقد في ظاهر الرراية ، ويحتاج إلى عقد جديد أنه وقع باطلاً فإن جزء الحمل القدرة على التسليم وقد فات وقت العقد فأنتم الحمل ، فافرقه هنا بخلاف لذلك إلا ليكون هذا سبباً على غير ظاهر الرواية وهو غير ظاهر .

وإذا أجاز المالك كان الثمن مملوكا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل . لأن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة . والفضولي أن يفسخ قبل الإجازة دفعا للحقوق عن نفسه . بخلاف الفضولي في النكاح لأنه معبر محض ، هذا إذا كان الثمن ديناً ، فإن كان عرضاً معينا إنما تصح الإجازة إذا كان العرض باقياً أيضاً ، ثم الإجازة لإجازة نقد لإجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا للفضولي ، وعليه مثل المبيع إن كان مثليا أو قيمته إن لم يكن مثليا ، لأنه شراء من وجه والشراء لا يتوقف على الإجازة

إلا حيا والمالك لأن الإجازة تكون منه لامن وارثه (وإذا أجاز المالك صار) المبيع ملكا للمشتري (والتمن مملوكا له أمانة في يده) أى في يد الفضولي ، فلو هلك لا يضمنه (كالوكيل فإن الإجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة) من حيث أنه بها صار تصرفه نافذا وإن لم يكن من كل وجه فإن المشتري من المشتري إذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل . بخلاف الوكيل ، وهذا بسبب أن الملك البات إذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشتري من الفضولي يبطل الموقوف . ولهذا لو تزوجت أمة وطها مولاهما بغير إذن فات قبل الإجازة توقف النكاح إلى إجازة الوارث لأنه لم يطرأ ملك بات للوارث في البضع ليبطل ، وهذا يوجب تعقيب الوارث بكونه من الولاد . بخلاف نحو ابن العم (والفضولي) أى في البيع (أن يفسخ قبل إجازة المالك) حتى لو أجاز له لا ينفذ لزوال العقد الموقوف ، وإنما كان له ذلك (ليدفع الحقوق عن نفسه) فإنه بعد الإجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد إليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه (بخلاف الفضولي في النكاح) ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل (لأنه معبر محض) أى كناقيل عبارة ، فبالإجازة تنتقل العبارة إلى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالإجازة ضرر تعلق الحقوق ، وقد ثبت للمالك والولى حق أن يميز ، وكذا بالفعل كان زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يميز زوجة أختها توقف العقد الثاني أيضا ، بخلاف ما لو وكله بعد عقده فوضلا أن يزوجه امرأة فزوجه أختها فإن العقد الأول يبطل لطروء البات على الموقوف (هذا) الذى ذكرناه فيما (إذا كان الثمن ديناً ، فإن كان عينا) بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الأربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض ، وإذا أجاز مالك المبيع والتمن عرض فالفضولي يكون بيع مال الغير مشتريا بالعرض من وجه ، والشراء لا يتوقف إذا وجد نقادا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض ، والذى تفيد الإجازة أنه أجاز للفضولي أن ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالى هذا قرضا عليك ، فإن كان مثليا فعليه مثله ، وإن كان قيميا كتوب أو جارية فقيمه ، فيصير مستقرضا للجارية أو الثوب . والقرض وإن لم يميز في التقييمات لكن ذلك إذا كان

وإن كان الثاني فيحتاج إلى قيام خمسة أشياء : ما ذكرنا من الأمور الأربعة ، وقيام ذلك العرض أيضا ، والإجازة اللاحقة لإجازة نقد بأن ينقد البائع ما باع ثمنها ملكه بالعقد لإجازة عقد ، لأن العقد لازم على الفضولي والعرض الثمن مملوك له ، وعليه مثل المبيع إن كان مثليا ، وقيمه إن كان قيميا ، لأن الثمن إذا كان عرضا صار البائع من وجه مشتريا ، والشراء إذا وجد نقادا على العاقد لا يتوقف على الإجازة ؛ سيما أن المالك التمسح فكذا لكل من الفضولي والمشتري لأن حقوق العقد ترجع إلى الفضولي فله أن يتحرز عن التزام المهدة ، بخلاف الفضولي في النكاح فإن فسخه قبل الإجازة باطل لأن الحقوق لا ترجع إليه وهو فيه معبر ، فإذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبي . ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الإجازة . انفسخ . ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث

ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث في الفصلين لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره . ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف رحمه الله أولا ، وهو قول محمد رحمه الله لأن الأصل بقاءه ، ثم رجع أبو يوسف رحمه الله وقال : لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك .

قصدا ، وهنا إنما يثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فيراعى فيه شرائط صحة مقتضى وهو الشراء لا غير ، كالكفيل بالمسلم فيه إذا أداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى يرجع بقيمته إن كان ثوبا لأن الثوب مثل في باب السلم ، فكذا فيما جمل تبعاه له ، فكذا هنا إذ لصحة لشراء العبد إلا بقرض الجارية ، والشراء مشروع فإني ضمنه يكون مشروعاً ، هذا وإنما ينفذ الشراء على المشتري إذا لم يصفه إلى آخره وجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر ، فأما إن كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل ، فإنه ذكر في شرح الطحاوي : ولو اشترى رجل لرجل شيئا بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجاز الذي اشتراه له أو لم يجوز ، أما إذا أنصاه إلى آخر بأن قال للبائع بيع عبدك من فلان بكذا فقال بيعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فإنه يتوقف . وقوله (ولو هلك المالك لا ينفذ بإجازة الوارث) قلنا الكلام فيه ، وهو بخلاف القسمة عند أبي حنيفة وأبي يوسف فإن القسمة الموقوفة على إجازة الغائب الكبير جازت بإجازة ورثته بعد موته استحساناً لأنه لأفائلة في نقض القسمة ثم الإعادة ، وقول محمد القسمة مبادلة كالبيع فلا يجوز بإجازة ورثته هو القياس والاستحسان مقدم . ولو هلك المبيع قبل الإجازة قبل التسليم فلا ضمان على أحد ، وإن هلك بعده فله مالك أن يضمن أيهما شاء البائع أو المشتري ، وأيها اختار برئ الآخر من الضمان لتضمن التضمنين تخليفاً ، فإذا ملكه من أحدهما لا يتصور تخليكه من الآخر ، فإن اختار تضمين المشتري بطل البيع الموقوف لأن أخذ القيمة كأخذ العين ويرجع المشتري بالثمن على الفضولي لا بما ضمن ، وإن اختار تضمين البائع نظر إن كان قبض البائع مضموناً عليه ينفذ بيعه لأن سبب ملكه وهو غصبه تقدم عقده وإن كان قبض أمانة ، وإنما صار مضموناً عليه بالتسليم لا ينفذ بيعه بالضمان لأن سبب ملكه تأخر عن عقده . وذكر محمد في ظاهر الرواية أنه يجوز البيع بتضمين البائع ، وهو محمول على أنه سلمه أولاً حتى صار مضموناً عليه ثم باعه فصار كالمغصوب ، هذا إذا باعه بضمن دين ، فإن كان بيعين بما يتعين بالتعيين فذلك في يد البائع بطل البيع فلا تلحقه إجازة ويرد المبيع على صاحبه ويضمن البائع للمشتري مثل العرض أو قيمته إن كان قيمياً لأنه قبضه بعقد فاسد (ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول أبي يوسف أولاً ، وهو قول محمد رحمه الله (لأن الأصل بقاءه) ثم رجع أبو يوسف وقال : لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع

في الفصلين : أي فيها إذا كان الثمن ديناً أو عرضاً ، لأنه توقف على إجازة المورث لنفسه فلا يجوز بإجازة غيره . واستشكل بما إذا تزوجت أمة لرجل قد وطئها مولاهما بغير إذنه فمات المولى قبل الإجازة وورثها ابنته فإن النكاح توقف على إجازة الابن ، فإن أجاز صحيح والأغلا ، فهذه فضولية وتوقف عملها على إجازة الوارث ، أوجب بأن علم التوقف لطريان الحل البات على الحل الموقوف لأنه يطله ، وهما هنا لم يطرأ للوارث حل بات لكونها موطوءة الأب فيتوقف دفعا للضرر عن الوارث إذ هو قائم مقام المورث ، حتى لو لم تكن موطوءة الأب بطل نكاحها (ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع) من حيث الوجود والعلم (جاز البيع في قول أبي يوسف أولاً وهو قول محمد ، لأن الأصل بقاءه) ثم رجع أبو يوسف وقال : لا يصح حتى يعلم قيامه عند الإجازة لأن الشك وقع في شرط الإجازة ، وهو قيام المبيع فلا يثبت مع الشك . فإن قيل : الشك هو ما استوى طرفاه وهما هنا

(قال المصنف : وهو قول محمد لأن الأصل بقاءه) أقول : لا الظاهر بقاء ما وجد .

قال (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع فالعتق جائز) استحسانا . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد رحمه الله : لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك ، قال عليه الصلاة والسلام « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم » والموقوف لا يفيد الملك ، ولو ثبت في الآخرة ثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه . والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روي ، ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ، ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يميز البائع ذلك .

في شرط الإجازة فلا يثبت مع الشك (قوله ومن غصب عبدا فباعه فأعتقه المشتري ثم أجاز المولى العبد البيع فالعتق جائز) كذا ذكره محمد في الجامع الصغير ولم يذكر خلافا ، لكنهم أثبتوا خلافه مع زفر في بطلان العتق وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف : ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز ، وإنما رويت أن العتق باطل ، وقال محمد : بل رويت لي أن العتق جائز . وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز لتكذيب الأصل الفرع صريحا . وأقل ما هنا أن يكون في المسئلة روايتان عن أبي حنيفة . قال الحاكم الشهيد : قال أبو سليمان : هذه رواية محمد عن أبي يوسف ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه ، وسيجيء إن شاء الله تعالى . قالوا : وقول محمد قياس . وقول أبي حنيفة استحسان . وجه قول محمد أنه لا يعتق بلا ملك لقوله صلى الله عليه وسلم « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم » والموقوف لا يفيد الملك (وقت العتق (ولو ثبت في الآخرة) أي عند الإجازة (ثبت مستندا وهو ثابت) وقت العتق (من وجه دون وجه ، والمصحح للإعتاق الملك الكامل لما روي) من هذا الحديث وقد سلف تحريجه (ولهذا) أي لأجل أن الشرط الملك الكامل (لا يصح أن يعتقه الغاصب ثم يؤدي الضمان ولا المشتري) بشرط (الخيار للبائع ثم يميز البائع) البيع

طرف البقاء راجع إذ أصل البقاء مالم يتحقق بالزبل وها هنا لم يتحقق . أجبب بأن الاستصحاب حجة دافعة لا مثلية ، ونحن ها هنا نحتاج إلى ثبوت الملك في الموقوف عليه لمن وقع له الشراء فلا يصلح فيه حجة . قال (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري) : قيل جرت هذه المحاورة في هذه المسئلة بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله حين عرض عليه هذا الكتاب . قال أبو يوسف : ما رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز ، وإنما رويت أن العتق باطل . وقال محمد : بل رويت أن العتق جائز . وصورتها ما ذكره في الكتاب (ومن غصب عبدا فباعه وأعتقه المشتري ثم أجاز المولى البيع والعتق جاز استحسانا ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : لا يجوز لأنه لا عتق بدون الملك لقوله عليه الصلاة والسلام « لا عتق فيما لا يملك ابن آدم » لا ملك ها هنا ، لأن (الموقوف لا يفيد الملك) في الحال وما يثبت في الآخرة فهو مستند ، وهو ثابت من وجه وذلك غير مصحح للإعتاق (إذ المصحح له هو الملك الكامل) المدلول عليه بإطلاق ما روي ، ولا يشكل بالمكاتب فإن إعتاقه جائز ، وليس للملك فيه كاملا لأن محل العتق هو الرقبة والملك فيها كامل فيه ، واستوضح المصنف رحمه الله بفروع تؤنس ذلك وهو قوله (ولهذا لا يصح أن يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان) وهو راجع إلى قوله لأنه لا عتق بدون الملك . وقوله (ولا أن يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يميز البائع) وهو راجع إلى قوله والموقوف لا يفيد الملك .

(قوله لأن محل العتق هو الرقبة الخ) أقول : لتبيل لقوله ولا يشكل الخ (قوله ولهذا لا يصح أن يعتق الخ) أقول : بمعنى معنى قوله ولهذا أي ولكون المصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا للملك المستند .

وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أنه أسرع نفاذاً حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان، وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان. ولهما أن الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك، ولا ضرر فيه على مامر متوقف الإعتاق مرتباً عليه وينفذ بنفاذه فصار كإعتاق المشتري من الراهن وكإعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح، وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك،

(وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق) حتى نفذ من الغاصب إذا أدى الضمان) بعد أن باع (وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان) ولا الطلاق في النكاح الموقوف حتى إذا أجزى لا يقع على المرأة، وكل من الطلاق والعتق في الحاجة إلى الملك على السواء، وكذا إذا جعل فضولي أمر امرأة رجل بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التخييض، فإن طلقت نفسها الآن طلقت حينئذ وإلا لا (ولهما أن الملك ثبت موقوفاً بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك ولا ضرر فيه على مامر) أول الباب (فيثبت الإعتاق موقوفاً مرتباً عليه ثم ينفذ بنفاذه) ومطلق بفتح اللام، واحتراز به عن البيع بشرط الخيار فخرج. جواب قوله لا يصح عتق المشتري والخيار للبائع لأن ذلك ليس بتصرف مطلق إذ الخيار يمنع ثبوته في حق الحكم لا باتاً ولا موقوفاً، وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أصح، وبموضوع لإفادة الملك عن الغصب؛ فخرج الجواب عن قوله لا ينفذ من الغاصب إذا أعتق ثم أدى الضمان، على أن الغصب ليس سبباً لموضوعاً لإفادة الملك إنما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان فهو بعرضية أن يعتبر سبباً لأنه وضع سبباً فيقتصر على ذلك ولذا لا يتعدى إلى الزوائد المتصلة، بخلاف البيع إذا أجزى يثبت الملك في المتصلة والمنفصلة. وأما بيع المشتري من الغاصب فإنما لا يصح منه لبطان عقده بالإجازة، فإن بها يثبت الملك للمشتري باتاً، والملك البات إذا ورد على الموقوف أبطله. وكذا لو وجبه مولا للغاصب أو تصلق به عليه أو مات فورته فهذا كله يبطل الملك الموقوف لأنه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات، وإلا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف (وصار كإعتاق المشتري من الراهن) فإنه يتوقف بالاتفاق على إجازة المرتهن أو ملك الرهن، وبالجماع أنه إعتاق في بيع موقوف (وكإعتاق الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالدين يصح ثم ينفذ إذا قضى الدين).

وقوله (وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب) يعني أن المشتري من الغاصب إذا باع من الغير ثم أجاز المالك البيع الأول لا يصح هذا البيع الثاني، فكذا إذا أعتق ينبغي أن يكون كذلك مع أن البيع أسرع نفاذاً من العتق، ألا ترى أن الغاصب إذا باع ثم ضمن قديبيه، ولو أعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه، وإذا لم ينفذ ما هو أسرع نفوذاً فلأن لا ينفذ غيره أولى (قوله وكذا لا يصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان، ولهما أن الملك) فيه (ثبت موقوفاً) والإعتاق يجوز أن يثبت موقوفاً على الملك الموقوف وينفذ بنفاذه، أما أنه ثبت فلو جاز المتضي وهو التصرف المطلق للموضوع لإفادة الملك ولانقضاء المانع وهو الضرر، وأما أنه موقوف فليما تقدم، وأما أن الإعتاق يجوز أن يتوقف على ذلك فبالقياس على إعتاق المشتري من الراهن يجامع كونه إعتاقاً في بيع موقوف وبالقياس على إعتاق الوارث عبداً من التركة وهي مستغرقة بالديون فإنه يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك يجامع كونه إعتاقاً موقوفاً في ملك موقوف، وهذا أبعد من الأول ذكره المصنف رحمه الله للاستظهار به، واحتراز بقوله المطلق عن البيع بشرط

(قال المصنف: ولهما أن الملك ثبت موقوفاً الخ) أقول: لهما يقولان في الجواب عن تعلقه بالحديث أن المراد بالعتق هو العتق الكامل النافذ وهو عند نفاذ العتق ماله له ملكاً تاماً وإن عم القتل فنافذ وغيره يميم الملك أيضاً بلا فرق فليتأمل (قوله وهذا أبعد من الأول الخ) أقول: لأن في الأول البائع مالك لرقبة البيع والوقف لحق المرتهن.

بمخلاف إعتاق الغاصب بنفسه لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك ، وبخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع لأنه ليس بمطلق . وقرآن الشرط به يمنع انعقاده حتى الحكم أصلاً . وبخلاف بيع المشتري من الغاصب إذا باع لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات ، فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ، وأما إذا أدى الغاصب الضمان ينفذ إعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال رحمه الله وهو الأصح .

وأما (عتق المشتري من الغاصب) إذا أدى الغاصب الضمان فنقول (ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي ابن نجيم البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف . ذكر فيمن غصب أرضاً فباعها فوقها المشتري ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملك قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أول . وأما عدم وقوع الطلاق في النكاح الموقوف وفي التفويض الموقوف فالأصل فيه أن كل تصرف يجعل شرعاً سبباً لحكم إذا وجد من غير ولاية شرعية فلم يستعقب حكمه وتوقف إن كان مما يصح تعليقه جعل معلقاً وإلا احتجنا إلى أن نجعله سبباً في الحال متأخراً حكمه إن أمكن فالبيع ليس مما يعلق فيجعل سبباً في الحال ، فإذا زال المانع من ثبوت الحكم بوجود الإجازة ظهر أثره من وقت وجوده ولذا الملك الزائد . وأما التفويض فيحتمل التعليق فيجعلنا الموجود من الفضول معلقاً بالإجازة فعندها يثبت التفويض للحال لاستنداً فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة . وأما النكاح فلا يتعلق ولا يمكن أن يعتبر في حال التوقف سبباً للملك الطلاق بل للملك المتعة المستعقب له إذا ثبت ، وهذا لأنه لا يثبت لأجل صحة الطلاق مقصوداً

الخيار ، وبقوله موضوع لإفادة الملك عن الغصب فإنه ليس بموضوع لإفادة الملك ، وعلى هذا يخرج جواب محمد عن المسائل المذكورة ، فإن إعتاق الغاصب إنما لم ينفذ بعد ضمان القيمة لأن الغصب غير موضوع لإفادة الملك . قال في النهاية : وبهذا التعليق لا يتم ما ادعاه فإنه يريد عليه أن يقال : لما كان غير موضوع لإفادة الملك وجب أن لا ينفذ بيعه أيضاً عند إجازة المالك كما لا ينفذ عتقه عند إجازة المالك لما أن كلا من جواز البيع وجواز العتق محتاج إلى الملك والملك هنا بالإجازة ، ولكن وجه تمام التعليق فيها ذكره في المبسوط وقال : وهذا بخلاف الغاصب إذا أعتق ثم ضمن القيمة ، لأن المستند به حكم المالك لاحقية المالك ، ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة وحكم المالك يكفي لتنفيذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب في كسبه ما هنا الثابت للمشتري من وقت المقدم حقيقة المالك ولهذا استحق الزوائد المنفصلة والمنفصلة ، ولوقدّر في كلام المصنف مضاف : أي غير موضوع لإفادة حقيقة الملك لتساوي أنكلاماً على أنه ليس بوارد لأن البيع لا يحتاج إلى ملك بل يكفي فيه حكم المالك والغصب يفيد (قوله بخلاف ما إذا كان في البيع خيار البائع) جواب عن المسئلة الثانية فإن البيع بالخيار ليس بمطلق فالسبب فيه غير تام ، فإن قوله على أن بالخيار مقرون بالعقد نصاً ، وقرآن الشرط بالعقد يمنع كونه سبباً قبل وجود الشرط فيعتقد به أصل العقد ولكن يكون في حق الحكم كالمعلق بالشرط والمعلق به معلوم قبله (قوله وبخلاف بيع المشتري من الغاصب) جواب عن الثالثة . ووجه ما قال لأن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لعدم تصوره اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد ، وفيه بحث من وجهين : الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان ينقلب بيع الغاصب جائزاً وإن طرأ الملك الذي ثبت للغاصب بأداء الضمان على ملك للمشتري الذي اشترى

(قوله ولهذا استحق الزوائد المنفصلة) أقول : إلينا كلام صاحب النهاية (قوله بل يكفي فيه حكم المالك والغصب يفيد) أقول : يعني الغصب يفيد حكم المالك (قوله الأول أن الغاصب إذا باع ثم أدى الضمان البات) أقول : إنما قال : ، ثم أدى الضمان لأنه لو ملك الغاصب المنصوب من جهة المالك ببيع أو إرث بعد ما باعه من غيره بطل ذلك البيع لأن الملك البات طرأ على الملك الموقوف فأبطله ، كما في فتاوى التتائي في باب بيع عبد غيره .

قال (فإن قطعت يد العبد فأخذ أرضها ثم أجاز المولى البيع فالأرض للمشتري) لأن الملك قد تم له من وقت الشراء ، فبين أن القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد ، والعلة أنه الملك من وجه يكفى الاستحقاق الأرض كالمكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرض ثم رد في الرق يكون الأرض للمولى ، فكذا إذا قطعت يد المشتري في يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فالأرض للمشتري ، بخلاف الإعتاق

لأن شرعيته لضد ذلك من انتظام المصالح بينهما لا لوقوع الشتات بالفرقة فلا يثبت ذلك إلا بناء على ثبوت المقصود أولا وهو منتف هنا ، فلو ثبت لكان ليس إلا لصحة وقوع الطلاق ، بخلاف ملك العيين فإنه يجوز أن يتعد مقصودا لصحة العتاق ، والمراد من قوله صلى الله عليه وسلم « لا عتق » الحديث النافذ في الحال ، وغاية ما يفيد لزوم الملك للعتق وهو ثابت هنا فإننا لم نوقعه قبل الملك . فحاصل الخلاف كما قال الإمام القاضي يرجع إلى أن بيع الفضولي لا ينقد في حق الحكم عند محمد وهو الملك لانعدام الولاية فكان الإعتاق لاني ملك فيبطل ، كما لو باعه المشتري من الغاصب ، وعندهما يوجبهم موقوفا لأن الأصل اتصال الحكم بالسبب والتأخير لدفع الضرر عن المالك والضرر في نفاذ الملك لاني توقيه ، وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد إن المصحح للإعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع : ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج إلى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك (قوله فإن قطعت يد العبد) أى عند المشتري من غاصبه . وحاصل وجوه هذه

منه وهو موقوف . الثاني أن طرؤه الملك البات على الموقوف لو كان مبطلا له لكان مانعا عن الموقوف لأن الدفع أصهل من الرفع ، لكنه ليس بمانع بدليل انعقاد بيع الفضولي فإن ملك المالك بات فكان يجب أن يمنع بيع الفضولي وليس كذلك . وأجيب عن الأول بأن ثبوت الملك للغاصب ضرورة الضمان فلا يتعدى إلى إبطال حق المشتري . وعن الثاني بأن البيع الموقوف غير موجود في حق المالك بل يوجد من الفضولي ، والمنع إنما يكون بعد الوجود ، أما المالك إذا أجاز بيع الفضولي فقد ثبت للمشتري ملك بات فأبطل الموقوف لما ذكرنا أن الملك البات والموقوف لا يجتمعان في محل واحد ، وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود رفع لا منع ، وفي الحقيقة هو مغالطة فإن كلامنا في أن طرؤه الملك البات يبطل الموقوف وليس ملك المالك طارئاً حتى يتوجه السؤال . وقوله (أما إذا أدى الغاصب الضمان) جواب عن الرابعة . وتقريره : أما إذا أدى الغاصب الضمان فلا نسلم أن إعتاق المشتري منه لا يتخذ بل يتخذ ، كذا ذكره هلال في كتاب الوقف فقال : يتخذ وقعه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى . قال المصنف : وهو الأصح ، ولئن سلم فنقول : هناك المشتري يملكه من جهة الغاصب وحقيقة الملك لا تستند للغاصب كما تقدم فكيف تستند لمن يتملكه من جهته فهذا لا يتخذ عتقه ، وهاهنا إنما يستند الملك له إلى وقت العقد من جهة الخبز والمخير كان مالكا له حقيقة فيمكن إثبات حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد . قال (فإن قطعت يد العبد الخ) إذا قطعت يد العبد في يد المشتري من الغاصب وأخذ المشتري أرضها ثم أجاز المالك البيع فالأرض للمشتري لأن الملك بالإجازة قد تم للمشتري من وقت الشراء لأن سبب الملك هو العقد وكان تاماً في نفسه ، ولكن

(قوله والمنع إنما يكون بعد الوجود) أقول : فسر العلامة الكاكي قول صاحب النهاية بعد الوجود بقوله : أى بعد وجود التضاريس ، ومنه ينتبه لدفع نظر الشارع فتنه (قوله وفيه نظر لأن ما يكون بعد الوجود رفع الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن توجيه السؤال من الظهور بحيث لا يمكن أن يتجلى على أحد لا سيما إذا نظر إلى قوله لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد (قوله فقال يتخذ وقعه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى) أقول : الوقف تحرير الأرض ، كما أن العتق تحرير العبد ، ولعل الأولوية من حيث أن لزوم الوقف يحتاج إلى أمور غير لفظة وقت بخلاف الإعتاق .

علي مامر.

المسئلة المذكورة أن من غصب عبدا فباعه ، فلما أن بعثه المشتري من الغاصب ثم يميز المالك بيع الغاصب ، ولما أن لا يعثقه ولكن قطعت يده ونحوه من الجراحات الموجبة للأرض فأخذ أرضها ثم أجاز المالك بيع الغاصب ، ولما أن لا يكون أحد هذين ولكن باعه المشتري من الغاصب ثم أجاز المالك بيع الغاصب وهو الذي يلي هذا الفرع ، ولما أن لا يكون شيء من ذلك ولكن مات في يده أو قتل ثم أجاز : فهى أربعة فروع تنفرع على إجازة بيع الغاصب : أولا ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد عتق المشتري منه وهى التى فرغ منها . والثانى ما إذا أجاز بيع الغاصب بعد أن جنى على العبد جناية فأخذ أرضها فإن الأرض يستحقه المشتري من الغاصب لأن قطع يده لا يمنع صحة الإجازة إذا لم يفت الموقوف عليه بقطعها ، بخلاف موته فإذا لحقته الإجازة ظهر أنه قطع فى ملكه فيستحق أرضى يده لما ذكرنا من أن البيع موضوع سببا للملك ، بخلاف ما لو قطعت فى يد الغاصب ثم أدى الضمان فملك العبد فإنه لا يكون له الزوائد لأن الغصب لم يوضع سببا للملك وإنما يثبت الملك مستندا لوقت الغصب

امتنع ثبوت الملك له المانع وهو حق المغصوب منه ، فإذا ارتفع بالإجازة قُتبت الملك من وقت السبب لكون الإجازة فى الانتهاء كالإذن فى الابتداء فتبين أن القطع حصل على ملكه فيكون الأرض له ، وعلى هذا كل ما حدث المجارية عند المشتري من ولد وكسب فإن لم يسلم المالك المنيع أخذ جميع ذلك معها ، لأن ملكه بقى مقرر فى بيعها ، والكسب والأرض والولد لا يملك إلا بملك الأصل . واعترض بما إذا غصب عبدا فقطعت يده وضمنه الغاصب فإنه لا يملك الأرض وإن ملك المضمون ، وبالفصلوى إذا قال لامرأة أملككك فطلقت نفسها ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز صبح التفويض دون التطبيق وإن ثبتت المالكية لها من حين التفويض حكما للإجازة . وأجيب عن الأول بأن الملك فى المغصوب ثبت ضرورة على ما عارف وهى تنفع بثبوته من وقت الأداء فلا يملك الأرض لعدم حصوله فى ملكه . وعن الثانى بأن الأصل أن كل تصرف توقف حكمه على شيء يجب أن يجعل معلقا بالشرط لاسباب من وقت وجوده لئلا يتخلف الحكم عن السبب إلا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه فإنه يعتبر سببا من وقت وجوده متأخرا حكمه إلى وقت الإجازة . فعندما يثبت الملك من وقت العقد والتفويض مما يحتمله فجعل الموجد من الفضولى معلقا بالإجازة فعندها يصير كأنه وجد الآن فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة ، وهذه أى كون الأرض للمشتري حجة على محمد فى عدم تجويز الاعتاق فى الملك الموقوف لما أنه لو لم يكن للمشتري شيء من الملك لما كان له الأرض عند الإجازة كما فى الغصب حيث لا يكون له ذلك عند أداء الضمان والعذر : أى الجواب له عن هذه الحجة أن الملك من وجه كاف لاستحقاق الأرض كالكاتب إذا قطعت يده وأخذ الأرض ثم رد رقيقا فإن الأرض للمولى ، وكما إذا قطعت يد المشتري فى يد المشتري والخيار للبائع ثم أجاز البيع فإن الأرض للمشتري لثبوت الملك من وجه ، بخلاف الاعتاق : يعنى لا ينفذ إعتاق المشتري فيها إذا كان الخيار للبائع على مامر ، وهو قوله وبخلاف ما إذا كان فى البيع خيار للبائع لأنه ليس بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده ، كذا فى النهاية . وقيل بخلاف الاعتاق متعلق بقوله إن الملك من وجه يكفى لاستحقاق الأرض : يعنى أن إعتاق المشتري من الغاصب بعد الإجازة لا ينفذ عند محمد لأن المصحح للإعتاق هو الملك الكامل لا الملك من وجه دون وجه ، وقوله (على مامر) إشارة إلى قوله والمصحح للإعتاق هو الملك الكامل وهذا أقرب ، ويتصلق بما زاد على نصف

(قوله وقيل بخلاف الاعتاق) أقول : القائل هو الإقناني (قوله وهذا أقرب) أقول : أى معنى وإن كان لابد لفظا .

(ويتصلق بما زاد على نصف الثمن) لأنه لم يدخل في ضمانه أو فيه شبهة عدم الملك . قال : فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول

بطريق الضرورة فيظهر في المتصل لا المتفصل ثم (يتصلق) هذا المشتري (بما زاد) من أرض اليد (على نصف الثمن) لأنه أى ما زاد على نصف الثمن (لم يدخل في ضمانه) لما ذكرنا أن اليد من الأدنى نصفه . والذي دخل في ضمانه هو ما كان في مقابلة الثمن ، فازاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن وهذا لأن أرض يد العبد نصف قيمته والحر نصف دينه ، وعسى أن يكون نصف القيمة أكثر من نصف الثمن فلا يطيب له الفضل لأنه إنما دخل في ضمانه بالثمن لا بالقيمة وذكر المصنف وجهاً آخر وهو أن (فيه شبهة عدم الملك) لأن الملك في الأرض يثبت يوم القطع مستنداً إلى يوم البيع وهو ثابت من وجع دون وجه وهو شبهة عدم الملك . وأورد عليه لو وجب التصلق لشبهة عدم الملك في الزائد ينبغي أن يتصلق بالكل ، لأن في الكل شبهة عدم الملك لعين المذكور في بيان شبهة عدم الملك في الزائد . ولو قيل شبهة عدم الملك إنما تؤثر المنع مع كونه لم يضمن إلا بإضافته دفع بأن كونه لم يضمن يستقل بالمنع اتفاقاً فلا حاجة إلى زيادة شبهة عدم الملك إذ لا تفيد شيئاً ، ووزع في الكافي الوجهين فقال : إن لم يكن العبد مقبوضاً وأخذ الأرض يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن ، لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ، ولو كان أخذ الأرض بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود ، : أى الملك حقيقة وقت القطع ، وإنما ثبت فيه بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه . ولو كان المشتري من الغاصب أمعت العبد ثم قطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الأرض للعبد . قال المصنف : وهذه أى هذه المسئلة . وفي بعض النسخ هو (حجة على محمد) . يعنى كون الأرض للمشتري حجة على محمد في عدم تجويزه لإعتاق المشتري من الغاصب إذا أجاز المالك بيع الغاصب فإنه إعتاق في ملك موقوف ، وهذا استحقاق أرض مملوك بملك موقوف (والعذر له) أى جوابه بالفرق (بأن الملك من وجه يكتفى لاستحقاق الأرض كالمكاتب إذا قطعت يده فأخذ أرضها ثم عجز فرد في الرق فلان) (الأرض للمولى) مع أن ملكه فيه حال الكتابة من وجه لا من كل وجه (وكذا إذا قطعت يد العبد في يد المشتري وانخيار البائع ثم أجاز البائع (البيع) يكون (الأرض للمشتري بخلاف الإعتاق على ما مر) حيث لا يكتفى فيه إلا الملك من كل وجه . والثالث من القروع ما ذكره بقوله (فإن باعه المشتري من آخر ثم أجاز المولى البيع الأول) أى بيع الغاصب

الثن لأنه لم يدخل في ضمانه لأن أرض اليد الواحدة في الحر نصف الدية . وفي العبد نصف القيمة . والذي دخل في ضمانه هو ما كان بمقابلة الثمن ، فازاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لأن الملك يثبت يوم قطع اليد مستنداً إلى وقت البيع ، وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يطيب الربح الحاصل به . وفي الكافي : إن لم يكن المبيع مقبوضاً وأخذ الأرض يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن ، لأن العبد قبل القبض لم يدخل في ضمانه ، ولو كان أخذ الأرض بعد القبض ففيه شبهة عدم الملك لأنه غير موجود حقيقة وقت القطع ، وإنما ثبت فيه الملك بطريق الاستناد فكان ثابتاً من وجه دون وجه ، وهذا كما ترى توزيع الوجهين في الكتاب على الاعتبارين . قال (فإن باعه المشتري من آخر الخ) يعنى إن باع المشتري من الغاصب من شخص آخر ثم أجاز المولى البيع الأول لم يميز البيع الثاني لما ذكرنا أن بالإجازة يثبت للبائع ملك بات ، والمالك البات ، إذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله ، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع يفسد به . قيل هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتره وبيع الفضولي أيضاً لأنه يحتمل أن يميز المالك بيعهما

لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ، ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول والبيع بنفسه به ، بخلاف الإعاقق عندهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر . قال (فإن لم يبعه المشتري ففات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز) لما ذكرنا أن الإجازة من شروطها قيام المقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل ،

(لم يجز البيع) أى بيع المشتري من الغاصب من الآخر (لما ذكرنا) يعنى قوله لأن الإجازة تثبت للبائع ملكا باتا إلى آخره (ولأن فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الإجازة في البيع الأول) أى بيع الغاصب (بخلاف الإعاقق عندهما) أى عند أبي حنيفة وأبي يوسف (فإنه) أى الإعاقق (لا يؤثر فيه غرر) الانفساخ بدليل أن المشتري لو أعتق العبد قبل قبضه يجوز ، ولو باعه لا يجوز . وقد روى عن أبي حنيفة أنه يتوقف البيع كما يتوقف الإعاقق . واستشكل هذا التعاليل بأنه شامل لبيع الفضولى مطلقا غاصبا أو غير غاصب ، إذ فيه غرر الانفساخ على تقدير عدم الإجازة ، ومع ذلك ينقذ موقوفا وتلحقه الإجازة . أوجب بأن هناك معارضا لغرر الانفساخ مرجعا عليه ، وهو ما تقدم من تحقق المصالح المتعدية والقاصرة من غير شائبة ضرر ، وليس مثله ثابتا في البيع الثاني لأنه لم يملكه المشتري الأول حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثاني عرضة للانفساخ فلم ينقذ أصلا ، وإنما وجب تقديم ذلك المعارض لأنه لو اعتبر مجرد غرر الانفساخ بلا اعتبار النفع لم يصح بيع أصلا ، لأن كل بيع فيه غرر الانفساخ خصوصا في المنقولات لجواز هلاك البيع قبل القبض فينسخ فالمعتبر مانعا غرر الانفساخ الذى لم يشبهه نفع . وفرق العتاق بغير هذا بين إعتاق المشتري من الغاصب حيث ينقذ بالإجازة وبين بيع المشتري من الغاصب حيث لا ينقذ بالإجازة بأن العتق منه للملك فهو مقرر للملك حكما ، والمقرر للشيء من حقوقه فجاز أن يتوقف بتوقفه والبيع لإزالة له بلا إنهاء فكان ضدا محضا لحكمه فلا يتوقف بتوقفه ولا ينقذ بتفاديه . والدليل على الفرق بينهما أن المشتري إذا أعتق ثم أطلع على عيب يرجع بالنقصان ، ولو باع ثم أطلع على عيب لا يرجع . والرابع ما ذكره بقوله (فإن لم يبعه المشتري و) لكن (مات في يده أو قتل ثم أجاز البيع لم يجز لما ذكرنا أن الإجازة من

وأن لا يجوز ، ومع ذلك انعقد بيع الغاصب والفضولى موقوفا . وأوجب بأن غرر الانفساخ في بيعهما عارضه النفع الذى يحصل للمالك المذكور فيما تقدم ؛ فبالنظر إلى الغرر يفسد ، وبالنظر إلى النفع وعدم الضرر يجوز فقلنا بالجواز الموقوف علىهما . لا يقال : الغرر محرم فترجع لأن الصحة في المقود أصل فعارضته على أن اعتبار الغرر مطلقا يستلزم اعتبار التروك إجماعا ، وهو أن لا يصح بيع أصلا لاسيا في المنقولات لاحتمال النسخ بعد الانقضاء بهلاك المبيع قبل القبض ، وأما غرر الانفساخ فيما نحن فيه فسلم لما يعارضه إذ المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر فتجرد البيع الثاني عرضة لغرر الانفساخ فلم ينقذ بخلاف الإعاقق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما لأنه لا يؤثر فيه الغرر ؛ ألا ترى أن البيع قبل القبض في المنقولات لا يصح لغرر الانفساخ ، والإعاقق قبل القبض يصح . قال (فإن لم يبعه المشتري ففات في يده أو قتل) أى فإن لم يبعه المشتري من الغاصب ففات في يده أو قتل (ثم أجاز للمالك البيع) أى بيع الغاصب (لم يجز) بالاتفاق (لما ذكرنا أن الإجازة من

(قوله إذ المشتري الأول لم يملك حتى يطلب مشتريا آخر) أقول : فيه تأمل (قوله لغرر الانفساخ ثم ينقذ) أقول : منظور فيه ، فإن الشراح مرسوخا في كتاب الإكراه أن المصوب منه إذا أجاز بيما من البيوع لو تاملت المصوب المقود نفذ ما أجازاه خاصة ، ولو لم ينقذ لما نفذ (قال المصنف : فإن لم يبعه المشتري ففات في يده) أقول : قال الإقناني : لم يذكر عنه هذه المسئلة في الجامع الصغير ولكن ذكروها في مروعته ، وصاحب الهداية أيضا ذكرها تفريعا انتهى . فلا يكون قوله قال محمد في عمله لما ذكره الإقناني نفسه في أوله باب الوطء الذى يوجب الحد أن كل موضع يذكر فيه لفظة قال يريد به محصدا أو التعموري ،

إذ لا يمكن إيجاب البذل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البذل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبذل فتصحق القوات ، بخلاف البيع الصحيح لأن ملك المشتري ثابت فأمكن لإيجاب البذل له فيكون المبيع قائما بقيام خلفه . قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره وأقام المشتري البيعة على إقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد المبيع لم تقبل بيئته) للتناقص في الدعوى ، إذ الإقدام على الشراء إقرار منه بصحته ، والبيعة مبنية على صحة الدعوى (وإن أقر البائع بملك عند القاضي

شرطها قيام المعقود عليه وقد فات) وهذا في الموت ظاهر ، وأما في القتل فلم يعتبر لإيجاب البذل للمشتري بالقتل فيكون المعقود عليه باقيا ببقاء بدله فصحب الإجازة كما في البيع الصحيح إذا قتل فيه العبد قبل القبض فإن البيع لا يفسخ كما يفسخ بالموت ، بل يجعل قيام بدله كقيامه فيختار المشتري بين أن يختار البيع فيبلغ الثمن ويرجع ببذل العبد على قاتله ، وبين أن يفسخه فيصير إلى البائع فدار الفرق بأنه لا ملك للمشتري من الغاصب حال القتل ملكا يقابل بالبذل لأنه ملك موقوف ، والملك الموقوف لا يقابل بالبذل بخلافه في البيع الصحيح (قوله ومن باع عبد غيره بغير أمره) قوله بغير أمره وإن وقع في الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة ، بل صورتها : باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشتري بيعة على إقرار البائع أنه لم يأمره ماله ببيعه أو أقام على قول رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فإن هذه البيعة لا تقبل للتناقص على الدعوى ، إذ الإقدام على الشراء دليل دعواه صحته ، وأنه يملك يبعه ودعواه إقراره بعدم الأمر يناقضه ، إذ هو دليل أنه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البيعة يبنى على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل ، ولو لم تكن بيعة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه وقال للمشتري أمرك أو ادعى المشتري عدم الأمر فالقول لمن يدعى الأمر لأن الآخر مناقض ، إذ إقدامه على البيع أو الشراء دليل اعتراؤه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الأمر ، بخلاف الآخر ، ولذا ليس له أن يستحلفه لأن الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ، ذكره في شرح الزيادات ، بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بملك حيث يحكم بالبطلان ، والرد أن طلب المشتري ذلك لأن التناقص لا يمنع صحة الإقرار ولذا صح إقراره بالشئ بعد إنكاره إياه ، إلا أن الإقرار حجة قاصرة : يعني إنما ينفذ في حق المقر خاصة ، فإذا وافقه المشتري نفذ عليها فلذا شرط طلب للمشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد إقرار البائع ، والمراد بفسخ القاضي أنه يفسخ إقرارهما لا أن الفسخ يتوقف على القضاء أو فروعهما أن صاحب العبد إذا حضر وصدقهما نفذ الفسخ في حقه

شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت والقتل لا امتناع لإيجاب البذل للمشتري بالقتل ، فلا يعد باقيا ببقاء البذل لأنه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبذل لأن ملكه ملك موقوف وهو لا يصلح أن يكون مقابلا بالبذل (بخلاف البيع الصحيح) فإنه إذا قتل المبيع قبل القبض لا يفسخ (لأن ملك المشتري ثابت بات) فأمكن لإيجاب البذل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه) وهو القيمة والمشتري بالخيار ، فإن اختار البذل كان البذل للمشتري . قال (ومن باع عبد غيره بغير أمره) رجل باع عبد غيره بغير أمره فقال المشتري أرد البيع لألك بمعنى يغير أمر صاحبه ويجسد البائع ذلك (فأقام المشتري البيعة) أن رب العبد أو البائع أقر أنه لم يأمر البائع ببيعه (لا تقبل بيئته) لأنها تبقى على صحة الدعوى فإن صحت الدعوى صحت البيعة وإلا فلا وها هنا بطلت الدعوى (للتناقص) لأن إقدام المشتري دليل على صحة الشراء وأن البائع يملك البيع ثم دعواه بعد ذلك أنه باع بغير أمر صاحبه دليل على عدم صحة الشراء وأن البائع لم يملك البيع فحصل التناقص البطل للدعوى المستلزمة صحبها لقبول البيعة (وإن أقر البائع بذلك) أي بأنه باعه

بطل البيع إن طلب المشتري ذلك ، لأن التناقص لا يمنع صحة الإقرار ، وللمشتري أن يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما ، فلهذا شرط طلب المشتري . قال رحمه الله : وذكر في الزيادات أن المشتري إذا صدق مدعيه ثم أقام البينة على إقرار البائع أنه للمستحق تقبل . ورفقوا أن العبد في هذه المسئلة في يد المشتري : وفي تلك المسئلة

وتقرر ، وإن كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن إقدامهما لإقرار منهما بالأمر فلا يعمل رجوعهما في حقه ، ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لا له ، ويبطل عن المشتري الثمن للأمر في قول أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري للأمر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالمبيع يملك إبراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ، ويملك الإقالة بغير رضا الأمر ، وعلى قول أبي يوسف لا يملك (قوله وذكر في الزيادات) إلى آخره . صورة مسئلة الزيادات : اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاه مستحق كان المشتري خصما لأنه يدعيها لنفسه ، فإن أقر بها للمدعي أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه ، لأن إقراره بها له لا يكون حجة على البائع ، وكذا لو سجد دعواه فحلف فنكّل فقضى عليه بالتكول لأن تكوله ليس حجة على غيره لأنه كإقراره . فرق بين هذا وبين الوكيل بالمبيع إذا ردّ عليه بعيب يحدث مثله بإقراره لا يلزم للموكل ، وإن رد عليه بنكوله يلزمه كرده بالبينة ، لأن المشتري مختار في التكول لأنه امتنع عن العين مع وجود ما يطلق له الخلف وهو البائع الذي هو ظاهر في الملك ، ولو كان مضطرا فالاضطرار إنما لحقه بعمل باشره بنفسه فلا يظهر حكم تكوله في حق الغير . أما الوكيل فمضطر في التكول إذ لم يوجد ما يطلق له الخلف فإن غير المالك يحتج عليه عيب ملك المالك . ولو قال المشتري أنا أقيم البينة أنها للمستحق لارجع على البائع لا يثبت

بغير أمره (بطل البيع) إن طلب المشتري ذلك لأن التناقص لا يمنع صحة الإقرار (ألا ترى أن من أنكر شيئا ثم أقر به صح إقراره ، إلا أن الإقرار حجة قاصرة لا ينفذ في حق الغير ، فإذا ساعده المشتري على ذلك تحقق الاتفاق بينهما فجاز أن ينقض . وذكر المصنف رحمه الله مسئلة الزيادات نقضا على مسئلة الجامع الصغير : وتصويرها ما قبل : رجل ادعى على المشتري بأن ذلك العبد له وصدقه المشتري في ذلك ثم أقام البينة على البائع أنه أقر بأن المبيع لهذا المستحق تقبل البينة وإن تناقص في دعواه . قال (ورفقوا) أي المشايخ بين روايتي الجامع الصغير والزيادات (بأن العبد في هذه المسئلة) أي في مسئلة الجامع الصغير (في يد المشتري) فيكون المبيع سالما له فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة المبيع له لأن شرط الرجوع بالثمن عدم سلامة المبيع (وفي تلك) أي مسئلة الزيادات العبد المبيع في يد المستحق فلا يكون المبيع سالما للمشتري فيثبت له حق الرجوع لو وجدان شرطه . قبل في هذا الفرق نظر لأن وضع المسئلة في الزيادات أيضا في أن العبد في يد المشتري . ولئن سلمنا أنه في يد المستحق فلا يلزم قبول البينة لبقاء التناقص المبطل للدعوى . والأولى أن يقال : إن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع في مسئلة الجامع الصغير فلم تقبل التناقص . وفي مسئلة الزيادات أقام البينة على الإقرار بعد البيع فلا يلزم التناقص فقبلت البينة . قال صاحب النهاية : ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهة من الدهر ، وفيه نظر لأن التوفيق في وضع الجامع الصغير ممكن لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء ، ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول سمعته قبل البيع أقر بذلك ويشهدون به ، ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم ، والواضح في الفرق ما ذكره المصنف على ما قررناه . وما قيل إن التناقص المبطل للدعوى باقٍ يجب عنه بأن المشتري غير

(قوله قيل في هذا الفرق نظر) أقول : القائل هو الإجماع (قوله وما قيل ، إلى قوله : يجب عنه بأن المشتري الخ) أقول : هذا الجواب

في يد غيره وهو المستحق ، وشرط الرجوع بالثمن أن لا يكون العين سالما للمشتري .

إليه لأنه مناقض في دعواه . لأن إقدامه على الشراء إقرار منه بملك البائع وبصححة البيع ، وبهذه البينة ناقض فرق بين هذا وبين ما ذكر في المأذون . رجل اشترى عبدا وقبضه ونقد الثمن ثم أقام البينة أن البائع باع العبد قبل ذلك من فلان الغائب بكذا قبلت بيئته مع أنه مناقض ساع في نقض ماتم به . والثانية ما روى ابن سماعه عن محمد : إذا وهب لرجل جارية فاستولدها الموهوب له ثم أقام الواهب بينة أنه كان دبرها أو استولدها قبلت بيئته فيرجع على الموهوب له بالجارية والمقروية الولد مع أنه مناقض ساع في نقض ماتم به . و فرق : أما في مسألة الواهب فالفرق أن تناقضه فيها هو من حقوق الحرية كالتمييز والاستيلاء ، والتناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى . وعندى أن هذا غير صحيح لأن التناقض إنما قبل في دعوى الحرية لأنها مما قد يخفى على المتناقض المدعى بها بعد إقراره بالرق والفاعل بنفسه للتدبير مثلا ، والاستيلاء لا يخفى عليه فصل نفسه من استيلائه ووطئه فيجب أن لا يقبل تناقضه ولا يحكم ببيئته . وأما في مسألة المأذون فإنه لو أقام البينة على البيع من الغائب قبل البيع منه فقد أقامها على إقرار البائع أنه ملك الغائب لأن البيع لإقرار من البائع بانتقال الملك إلى المشتري . ثم مسألة الاستحقاق لو أقامها على إقرار البائع أنها للمستحق قبلت لأنه يثبت لنفسه حق الرجوع على البائع بإقراره ، وهو خصم في ذلك ويثبت ما ليس بثابت وهو إقرار البائع ، ولو كان مناقضا فالتناقض يرتفع بتصديق الخصم وهو يثبت بهذا تصديق الخصم . ويؤيد أن تقبل البينة على إقرار الخصم ولا تقبل على نفس الحق ، كما قال علمائنا فيمن في يده عبد فادعاه رجل فأقام صاحب اليد البينة أنه لفلان الغائب لا تقبل بيئته ما لم يدع الوصول إليه من جهة الغائب . ولو أقامها على إقرار المدعى تقبل وإن لم يدع الوصول إليه من جهته . و فرق في شرح الزيادات بين هذا وبين مسألة الجامع المذكورة في الهداية ، وهو أنه لا تقبل بينة المشتري على إقرار البائع أنه لم يأمره ، كما لا تقبل على دعواه أنه لم يأمره بأنه وضع المسئلة في الجامع فيها إذا كان المبيع في يد المشتري فهو سالم له من حيث الظاهر ، وسلامة المبيع من حيث الظاهر تمنع الرجوع بالثمن فلا يكون مدعيا حق الرجوع . وفي الزيادات : وضع فيها إذا أخذت الجارية من يد المشتري فكان مدعيا لنفسه حق الرجوع . قال : ولا يقال في مسألة المأذون المبيع في يد المشتري ، ومع هذا قبلت بيئته . لأننا نقول ذلك عمول على ما إذا أخذ العبد من يده ، وهذا هو فرق المصنف ، وهو منظور فيه بأن وضع مسألة الزيادات أيضا في أن الجارية في يد المشتري كما أجمعتمك ، فالأولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسألة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع ، أما إذا أقامها على إقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره بالمبيع فتقبل لأن إقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه إقرار البائع بعدم الأمر قبل البيع ، ولا يناقض دعواه إقراره بعدم الأمر بعد البيع . قال : ومسئلة

متناقض من كل وجه لأنه لا ينكر العقد أصلا ولا ملك الثمن للبائع ، فإن بيع مال الغير منعقد وبذل المستحق مملوك ، وإنما ينكر وصف العقد وهو الصحة وال لزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر فكان متناقضا من وجهين وجه فجعلناه متناقضا في مسألة الجامع الصغير لأنه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له إذ هو في يده ولم يجعله متناقضا

مذكور في الحجازية وزيادات قاضخان ، ثم قوله يجاب عنه غير لقوله وما قيل إن التناقض الخ (قوله متناقض من وجه) أقول : من حيث اللفظ (قوله دون وجه) أقول : أي من حيث الحقيقة ، والله أعلم .

الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية عن التفرة بين المستلئين انتهى . وقيل مسئلة الجامع محمولة على إقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقص والزيادات على الإقرار بعد البيع فلم يلزم التناقص فقبلت . ومما يناسب المسئلة : باع عبد غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع قال محمد : تقبل بينته ويطل البيع الأول . ومن فروع مسئلة الاستحقاق على ما في شرح الزيادات ما لو قال المشتري للقاضي سل البائع أن الأمة للمستحق أو ليست له ؟ أجابه القاضي إلى ذلك لأنه يدعي أنه مظلوم وله حق الرجوع عليه بالثمن بإقراره ، فيسأله القاضي فإن أقر بذلك أزمه الثمن ، وإن أنكر وطلب المشتري تحليفه أجابه القاضي إلى ذلك . فنهى من قال إنما يحلفه لأنه ادعى عليه معنى لو أقر به يلزمه ، فإذا جحد يستحلف كما في سائر الدعاوى ، فإنه قيل نعم هو كذلك لكنه مناقض لأن شراءه إقرار منه بصحته ودعواه أنه ملك المستحق إنكار ذلك ولهذا لا تقبل بينته . وكما لا تقبل البينة إلا بعد دعوى صحيحة لا يستحلف إلا بعد دعوى صحيحة . دل عليه ما في المأذون : اشترى عبد شيئا ثم قال أنا محجور وقال البائع مأذون فأراد العبد أن يقيم البينة على ما ادعى لا تقبل ولا يستحلف خصمه ، وإن أقر به البائع يلزمه . وذكر في الجامع أن المشتري لو أراد استحلاف البائع أنك ما بهت من فلان قبل أن تبعه مني لم يكن له ذلك ، وإن أقر به البائع يلزمه . والجواب أن في مسئلتنا المشتري غير مناقض من كل وجه لأنه لا ينكر العقد أصلا ولا الثمن ، فإن بيع مال الغير منعقد وبطل المستحق مملوك ، وإنما ينكر وصف العقد وهو الزموم بعد الإقرار من حيث الظاهر فكان مناقضا من وجه دون وجه ، فجعلناه مناقضا في حق البينة ولم نجعله مناقضا في حق البين ليكون علاهما ، والعمل على هذا الوجه أولى لأن البينة حجة متعدي . فلو لم نجعله مناقضا في حقها يلزمنا أن لا نجعله مناقضا في حق البين بطريق الأولى ، بخلاف مسئلة المأذون لأن العبد منكر لحكم العقد أصلا ، لأن شراء المحجور لا يوجب ملك الثمن فكان مناقضا من كل وجه . وبخلاف مسئلة الجامع لأن ثمة المبيع في يد المشتري فلا يكون له حق الخصومة ، وهذا على طريق الموافقة للمصنف في الفرق قال : ولو لم تستحق الجارية ولكن ادعت أنها حرة الأصل ، فإن أقر المشتري بذلك أو استحلف فتنكح وقضى القاضي بحريتها لم يرجع المشتري على البائع . أما حرية الجارية فلأنها كانت له من حيث الظاهر فصيح إقراره ولا يرجع على البائع لأن نكوله وإقراره حجة عليه دون غيره . منهم من قال قوله فاستحلف فتنكح غلط من الكتاب لأن الاستحلاف لا يجري في دعوى الرق في قول أبي حنيفة . وعندهما يجري إلا أن البين تكون على الأمة فلا معنى لقوله فأتى المشتري البين . ومنهم من قال : بل هو صحيح لأن موضوع المسئلة فيما إذا بيعت الأمة وسلمت فانقادت لذلك فأنقادهما كإقرارها بالرق فدعواها الحرية كدعوى الحق العارض فيكون الثمن على المشتري لأن الظاهر شاهد له ، فلو أن المشتري أقام البينة على البائع أنها حرة قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن . فرق بين هذا وبين الاستحقاق من وجهين : أحدهما أنه ليس بمناقض في فصل الحرية لأنه فيها يظهر بينته أنه أخذ الثمن بغير حق ، وذلك دين عليه لأن الحرية تنفي انعقاد العقد وملك البين للبائع ، فكانت البينة مظهرة أن إقدامه على الشراء لم يكن إقرارا بانقضاء العقد فلا يتحقق التناقص . أما الاستحقاق فلا يمنع انعقاد العقد ولا ملك الثمن للبائع ، فلو قبلنا بينة المشتري أنها للمستحق لا يظهر بينته أنها للمستحق لأن إقدامه على الشراء إقرار بملك البين للبائع ، ومع بقاء ذلك الإقرار يتحقق التناقص ويصير مكذبا لشهوده ساعيا في نقض ماتم به . والوجه الثاني أنه مناقض في الفصلين ، إلا

في الفصل الثاني لأنه يفيد فائدة الرجوع بالثمن لعدم سلامته لكونه في يد غيره وكان ذلك عملا بالشبهين بقدر الإمكان فصرنا إليه .

قال (ومن باع دار الرجل وأدخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرًا ، وكان يقول أولًا : يضمن البائع ، وهو قول محمد رحمه الله ، وهي مسألة غصب العقار وسنينة إن شاء الله تعالى ، والله تعالى أعلم بالصواب .

أن هذا تناقض لا يحتمل النقص فلا يمنع صحة الدعوى ؛ كما لو تزوج امرأة ثم أقامت البينة أنها أخته من الرضاع أو أقامت البينة أنه طلقها ثلاثًا ثم تزوجها قبل أن تنكح غيره ، وكذا لو أعتق عبده على مال ثم أقام العبد البينة أنه أعتقه قبل ذلك قبلت . واختلف أصحابنا رحمهم الله فيما باع أرضًا ثم أقام بينة أنه باع ما هو وقف . منهم من قال لا يقبل لأنه يحتمل الفسخ فصار كالبيع ، ومنهم من قال تقبل لأنه لا يحتمل الفسخ بعد القضاء فصار بمنزلة التدبير ونحوه . وذكر أبو بكر الرازي رحمه الله إنما تقبل بينة المشتري أنها حرة لأنها شهادة قامت على حرمة الفرج فتقبل من غير دعوى ، حتى لو كان مكان الأمة عبد على قول أبي حنيفة لا تقبل ، وعلى قولهما تقبل لأنها شهادة على عتق العبد فلا تقبل من غير دعوى ، والتناقض يمنع الدعوى . ولو ادعى المستحق أنها أمته أعتقها أو دبرها أو ولدت منه فأقر المشتري بذلك أو أبي العيين وقضى عليه لا يرجع على البائع بالثمن . لما قلنا ، فإن أقام المشتري البينة على البائع بذلك ، إن شهد الشهود على أن ذلك كان قبل الشراء قبلت بينته ويرجع عليه بالثمن لأنه ثبتت بينته أنها لم تدخل في العقد فكان مدعيًا للدين فلا يكون مناقضًا ، فإن شهدوا على أن ذلك كان بعد الشراء بينهما لا تقبل بينته لأنها وقت العقد كانت مملوكة محلا للعقد ، والإعناق المتأخر لا يبطل الشراء السابق (قوله ومن باع دارا لرجل) أى عرصه غيره بغير أمره . وفي جامع فخر الإسلام : معنى المسئلة إذا باعها ثم اعترف بالغصب بعد ما أدخلها المشتري في بنائه فكذبه المشتري (لم يضمن البائع عند أبي حنيفة) لمن أقر بالغصب منه (وهو قول أبي يوسف آخرًا ، وكان يقول أولًا يضمن ، وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار) هل يتحقق أولًا ؟ عند أبي حنيفة لا فلا يضمن ، وعند محمد نعم فيضمن .

[فروع تتعلق بهذا الفصل] باع الأمة فضولي من رجل وزوجها منه فضولي آخر فأجيزا معا ثبت الأقوى فتصير مملوكة لا زوجة ؛ ولو زوجها من رجل فأجيزا بطلا ، ولو باعها من رجل فأجيزا تنصف بينهما وبغير كل منهما بين أخذ النصف أو الترك . ولو باع فضولي وأجره آخر أو رهنه أو زوجته فأجيزا معا ثبت الأقوى فيجوز البيع ويبطل غيره لأن البيع أقوى ، وكذا ثبت الهبة إذا وهبه فضولي وأجره آخر وكل من العتق والكتابة والتدبير أحق من غيرها لأنها لازمة بخلاف غيرها . والإجارة أحق من الرهن لإفادتها ملك المنفعة ، بخلاف الرهن ، والبيع أحق من الهبة لأن الهبة تبطل بالشروع ، فبما لا يبطل بالشروع كهبة فضولي عبداً وبيع آخر إياه يستويان لأن الهبة مع القبض تساوى البيع في إفادة الملك ، وهبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة فيأخذ كل النصف : ولو تباع غاصبا عرضي رجل واحد له فأنجاز لم يميز لأن فائدة البيع ثبوت ملك الرقبة والصرف وهما حاصلان للمالك في البديلين بدون هذا العقد فلم ينعقد فلم تلحقه الإجارة . ولو غصبا من رجلين وتبايعا وأجاز المالك جاز . ولو غصبا التقدين من واحد وعقد الصرف وتبايعا ثم أجاز جاز لأن التقود لا تمنع في المعاوضات وعلى كل واحد من الغاصبين

قال (ومن باع دارا لرجل) قيل معناه : باع عرصه غيره بغير أمره (وأدخلها المشتري في بنائه) قيل يعني قبضها وإنما قيد بالإدخال في البناء اتفاقا (لم يضمن البائع) أى قيمة الدار (عند أبي حنيفة) وهو قول أبي يوسف آخرًا ، وكان يقول أولًا يضمن وهو قول محمد وهي مسألة غصب العقار) على ما سألنا .

(باب السلم)

مثل ماغصب . وتقدم أن المختار في بيع الموهون والمستأجر أنه موقوف على إجازة المستأجر والمرتهن : فلو وصل إلى المالك بوفاء الدين أو الإبراء أو فسخ الإجازة أو تمام المدة تم البيع ، ولو لم يميزا فلم يشترى خيار الفسخ إذا لم يعلم وقت البيع بهما ، وإن علم فكذلك عند محمد ، وقيل هو ظاهر الرواية . وعند أبي يوسف ليس له الفسخ إذا علم ، وقيل هو ظاهر الرواية ، وليس للمستأجر فسخ البيع بلا خلاف ولا لارهن والموثر . وفي المرتهن اختلاف المشايخ . وفي مجموع النوازل : بيع المغصوب موقوف إن أقر به الغاصب أو كان له المقصوب منه بينة عادلة ، فلو أجاز تم البيع وإلا فلا . ولو هلك قبل التسليم انتقض البيع ، وقيل لا لأنه أخلف بدلا ، والأول أصح . وروى ابن سبابة عن أبي يوسف وبشر عن محمد أن شراء المغصوب من غاصب جاحد يجوز ويقوم المشتري مقام البائع في الدعوى . وعن أبي حنيفة روايتان : رجل غصب عبدا وباعه ودفعه إلى المشتري ثم إن الغاصب صالح المولى من العبد على شيء : قال محمد : إن صالحه على الدراهم والدنانير كان كأخذ القيمة من الغاصب فينفذ بيع الغاصب ، وإن صالحه على عرض كان كالبيع من الغاصب فيبطل بيع الغاصب . ومن البيع الموقوف بيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع ويقصده . وكذا شراؤه على إجازة وليه والده أو وصيه أو جده أو القاضي ، وكذا الذي بلغ سفيا والمعنوه ، وكذا بيع المولى عبده المأذون المدينون يتوقف على إجازة الغرماء في الصحيح خلافا لمن قال فاسد ، فأوقض المولى الثمن فهلك عنده ثم أجاز الغرماء بيعه صححت إجازتهم وبطلت الثمن على الغرماء ، وإن أجاز بعضهم البيع ونقصه بعضهم بحضرة العبد والمشتري لا تصح الإجازة ويبطل البيع ، ومنه بيع المريض عينان وارثه يتوقف على إجازة الورثة أو صحة المريض ، فإن صح من مرضه نفذ ، وإن مات منه ولم تجز الورثة بطل ، والله أعلم .

(باب السلم)

تقدم أن البيع ينقسم إلى بيع مطلق ومقايضة وصرف وسلم ، لأنه إما بيع عن شمن وهو المطلق ، أو قايبه وهو السلم ، أو ثمن بشمن فالصرف ، أو عين بعين فالمقايضة . ولم يشترط في المطلق والمقايضة قبض فقدا وشرط في الآخرين ، ففي الصرف قبضهما وفي السلم قبض أحدهما ، فقدم انتقالا بتلويح . وخص باسم السلم

(باب السلم)

لما فرغ من أنواع البيوع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك ، وقدم السلم على الصرف لكون الشرط فيه قبض أحد العوضين فهو بمنزلة المقرد من المركب : وهو في اللغة عبارة عن نوع بيع معجل فيه الثمن . وفي اصطلاح الفقهاء هو أخذ عاجل بأجل . قيل فهو بالمعنى اللغوي لأن في الشرع اقترنت به زيادة شرائط : ورد بأن السلعة إذا بيعت بثمن مؤجل وجد فيه هذا المعنى وليس بسلم ، ولو قيل بيع

(باب السلم)

(قوله أخذ عاجل بأجل) أقول : يجوز أن يقال للقراد أخذ ثمن عاجل بأجل بقرينة المعنى اللغوي ، إذ الأصل هو عدم اعتبار إلا أن يثبت بدليل (قوله قيل فهو بالغ) أقول : القائل هو صاحب النهاية (قوله ورد بأن السلعة) أقول : الرد للإتفاق (قوله ولو قيل بيع

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة . فقد قال ابن عباس رضى الله عنهما : أشهد أن الله تعالى أحل^١ السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في كتابه . وتلا قوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين لى أجل مسمى فاكتبوه - الآية .

لنحقق إيجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه : أضحى تسليم رأس المال ، وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أيق ، لكن لما كان وجود السلم في زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام في الناس سبق الاسم له ، ويعرف بما ذكر أن معناه الشرعى بيع أجل بعاجل ، وما قيل أخذ عاجل بأجل غير صحيح لصدقه على البيع بشئ مؤجل . وعرف أيضا أنه يصدق على عقده بلطف البيع بأن قال المسلم إليه بعثك كذا حنطة بكذا إلى كذا ، ويذكر باق الشروط أو يقول السلم اشترت منك إلى آخره ، وفيه خلاف زفر وعيسى بن أبان ، وصحة المذهب عنه عسر الوجه لأن العبرة للمعنى ، ومعنى أسلمت إليك إلى كذا وبعتك إلى كذا في البيع مع باق الشروط واحد وإن كان على خلاف القياس ، فذلك باعتبار أمر آخر لا بأمر يرجع إلى مجرد اللفظ . وعرف أن ركنه ركن البيع . وسبب شرعيته شدة الحاجة إليه ، ومذكر للمصنف شرائطه . وأما حكمه فتبوت الملك للمسلم إليه في الثمن ، ولرب السلم في المسلم فيه الدين الكائن في اللمة ، أما في العين فلا يثبت إلا بقبضه على انتقاد مبادلة أخرى على مسيرف والمؤجل المطالبة بما في اللمة ، ومعناه لغة السلف ، فاعتبر في الشرع كأن الثمن يسلفه المشتري للبائع ليقتضيه إياه ، وجعل إعطاء العوض المسلم إليه فيه قضاء كأنه هو ، إذ لا يصح الاستبدال فيه قبل القبض وجعل الميزة في أسلمت إليك للسلب بمعنى أزلت سلامة رأس المال حيث سلمته إلى مقلس ونحو ذلك بعيد ، ولا وجه له إلا باعتبار المنفوع هالكا ، وصحة هذا الاعتبار تتوقف على غلبة نواته عليه ، وليس الواقع أن السلم كذلك بل الغالب الاستيفاء (قوله وهو) يعنى السلم (عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة) أخرج الحاكم في المستدرك بسنده وصححه على شرطهما عن أبي حسان الأعرج عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : أشهد أن السلف المضمون لى أجل مسمى قد أحله الله في الكتاب وأذن فيه ، قال الله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم

أجل بعاجل لاندفع ذلك . وركنه الإيجاب والقبول ، بأن يقول رب السلم لآخر أسلمت إليك عشرة دراهم في كذا حنطة أو أسلمت فيقول الآخر قبلت ، ويسمى هذا رب السلم والآخر المسلم إليه والحنطة المسلم فيه . ولو صدر الإيجاب من المسلم إليه والقبول من رب السلم صح . وشرط جوازه سيذكر في أثناء كلامه إن شاء الله تعالى . قال (السلم عقد مشروع بالكتاب الخ) السلم عقد مشروع دل على ذلك الكتاب والسنة : أما الكتاب فقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين لى أجل مسمى فاكتبوه - ومعناه إذا تعامتم بدين ومؤجل فاكتبوه ، وقائدة قوله مسمى الإعلام بأن من حق الأجل أن يكون معلوما . ووجه الاستدلال (ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أشهد أن الله أحل السلف المضمون وأنزل فيها) أى في السلف على تأويل المداينة (أطول آية في كتاب الله ، وتلا قوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم - الآية) فإن قيل : هذا استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به . قلنا : عموم اللفظ يقتضيه فكان الاستدلال به (قوله المضمون) صفة مقررة للسلف كما في قوله تعالى - يحكم بها

أجل بعاجل الخ) أقول : قوله ولو قيل الخ أيضا من كلام الإقناف (قوله فإن قيل استدلال بخصوص السبب ولا معتبر به) أقول : إن أراد أنه لا معتبر به مطلقا فظاهر أنه ليس كذلك ، وإن أراد أنه لا معتبر به في نفي تناوله لما عدا ذلك السبب فسلم ولا يقيده ، إذ لا يتنازع أحد في تناوله للسبب وإن نزع في تناوله لغيره كما لا يخفى فلا حاجة إلى اعتبار عموم اللفظ مع أن وجوده فيما نحن فيه محل تأمل ، وأيضا لو كان الاستدلال به لم يكن وجه الاستدلال ما روى عن ابن عباس تناقض آخر كلامه أوله .

وبالبيع وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم « والقياس وإن كان بأباه ولكن تركناه بما رويته . ووجه القياس أنه بيع المعلوم إذ المبيع هو المسلم فيه . قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »

بلين إلى أجل مسمى فكتبوه - الآية . وعنه رواه الشافعي في مسنده والطبراني وابن أبي شيبة . وعزاه بعض متأخري المصنفين إلى البخاري . وهو غلط فإنه لم يخرج في صحيحه لأبي حسان الأعرج واسمه مسلم . والمصنف قد ذكر لفظ الحديث : أحل السلف المضمون . فقال بعض المشايخ : المراد بالمضمون المؤجل بدليل أنه في بعض رواياته السلف المؤجل . وعلى هذا فهي صفة مقررة لا مؤسسة : ويكون ما روى المحرجون الذين ذكرناهم من قوله المضمون إلى أجل جماعين مقررين وقوله مسمى أى معين (و) كذا (بالسنه) إلا أن لفظ الحديث كما ذكره المصنف فيه غرابة (وهو أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم) وإن كان في شرح مسلم للقرطبي ما يدل على أنه عثر عليه بهذا اللفظ . قيل والذي يظهر أنه حديث مركب من حديث النهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ، رواه أصحاب السنن الأربعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عنه صلى الله عليه وسلم « لا يبيع ساف وبيع . إلى أن قال : ولا تبيع ما ليس عندك » قال الترمذي : حسن صحيح . وتقدم . والرخصة في السلم رواه الستة عن أبي المبال عن ابن عباس قال « قدم النبي صلى الله عليه وسلم والناس يسلفون في التمر السنة والستين والثلاث . فقال : من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » وفي البخاري عن عبد الله بن أبي أوفى قال : « إن كنا لنسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر رضي الله عنهما في الخطة والشعر والتمر والزبيب . ولا يخفى أن جوازه على خلاف القياس . إذ هو بيع المعلوم وجب المصير إليه بالنص والإجماع للحاجة من كل من البائع والمشتري . فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل . إذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري ، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المال على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع . ومنع بعض من تقد المداية قولهم السلم على خلاف القياس لأنه بيع المعلوم ، قال : بل هو على وفقه فإنه كالإتياع بمن مؤجل : وأى فرق بين كون أحد العوضين مؤجلا في الذمة وبين الآخر ، بل هو على وفق القياس ومصلحة الناس . قال : وهذا المعنى هو الذي فهمه ترجمان القرآن ابن عباس ، وتلا الآية

النيون الذين أسلموا - ومناه الواجب في الذمة . وأما الستة (فاردى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم والقياس بأبي جوازه) لأنه بيع المعلوم ، إذ المبيع هو المسلم فيه لكن تركناه بالنص . قال (وهو جائز في المكيلات والموزونات) السلم جائز في المكيلات والموزونات (لقوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ») والوجوب ينصرف إلى كونه معلوما وهو يتضمن الجواز لاحالة : فإن قيل : من أسلم شرطية وهو لا يقتضي الجواز كما في قوله تعالى « قل إن كان للرحمن ولد فأنا أول العابدين » فالجواب أن الدليل قد دل على وجود السلم في الشرع . وإنما الحديث يستدل به على

(قوله وهو يتضمن الجواز) أقول : فإن وجوب الوصف شرعا يتضمن جواز وصفه شرعا ، هنا هو مراده ظاهرا (قوله فالجواب أن الدليل قد دل على) أقول : وأيضا من الحديث الشريف تعلم طريق السلم ، وظاهر أن ذلك لا يكون إلا بعد الجواز ولا حجة في الآية للكرهية .

والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان ، والمسلم فيه لابد أن يكون مثمناً فلا يصح السلم فيهما ثم قيل
يكون باطلا ، وقيل يتعقد بيعا بضمن مؤجل تحصيلاً لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان ، والعبرة في العقود بالمعاني
والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجب العقد فيه ولا يمكن ذلك .

ثم قال بعد كلام اندفع فيه : فالخاصل أن قياس السلم على الاتيان بضمن مؤجل أصح من قياسه على بيع المعلوم
الذي لا يقدر على تسليمه عادة مع الحلول كسائر الديون المؤجلة ، وأطال كلاما ومحاولة مبنى على اعتقاد أن
القوم قاسوا السلم على بيع المعلوم فيكون على خلاف القياس ، وأن قياسه على الثمن المؤجل أولى به ، وليس
كلامهم هذا بل إنه هو نفسه بيع المعلوم فهو على خلاف القياس الأصلي فيه ، وكونه معدوما لا يقدر على تحصيله
عادة ليس هو معتبرا في مفهوم السلم عندهم بل هو زيادة من عنده . وقوله أي فرق إلى آخره يفيد أنه على وفق
القياس ، وكلامه يفيد الاعتراف بكون بيع المعلوم على خلاف القياس . ثم الفرق ظاهر وهو أن المبيع هو المقصود
من البيع والمحل لوروده فأنه يوجب انعدام البيع ، بخلاف الثمن فإنه وصف يثبت في اللغة مع صحة البيع ،
فقد تحقق البيع شرعا مع عدم وجود الثمن لأن الموجود في الذمة وصف يطابقه الثمن لا عين الثمن ، وليس في كلام
ابن عباس ما يفهم أنه رآه على خلاف القياس ، وكونه فيه مصالحة للناس لا ينفي أنه على خلاف القياس بل لأجل
هذه المصلحة شرع وإن كان على خلاف القياس . قال المصنف (رحمه الله) : والمراد بالموزونات) أي التي يجوز
السلم فيها (غير الدراهم والدنانير) أما الدراهم والدنانير فإن أسلم فيها دراهم أو دنانير فالإتفاق أنه باطل ، وإن
أسلم غيرها من العروض ككثرة حنطة أو ثوب في عشرة دراهم أو دنانير فلا يصح سلما بالاتفاق ، لأن المسلم فيه
لا بد أن يكون مثمناً والنقود أثمان فلا تكون مسلما فيها ، وإذا لم يصح فهل يتعقد بيعا في الكثر والثوب بضمن
مؤجل أو يبطل رأسا ؟ حكى المصنف فيه خلافا (قيل يبطل) وهو قول عيسى بن أبان (وقيل يتعقد بيعا بضمن
مؤجل) ولا يبطل ، وهو قول أبي بكر الأعمش ، وجعل المصنف وغيره قول عيسى بن أبان أصح لأن تصحيح
العقد إنما يكون في المحل الذي أوجب المتعاقدان البيع فيه لاقى غيره وهما لم يوجبا إلا في الدراهم ، ولا يمكن
تصحيح العقد باعتبارها بل باعتبار الثوب ولم يوجبا فيه فكان في غير محله إلا أن الأول عندى أدخل في الفقه لأن
حاصل المعنى الصادر بينهما إعطاء صاحب الثوب برضاه ثوبه إلى الآخر بدراهم مؤجلة ، وهذا من أفراد البيع
بلا تأويل إذ هو مبادلة المال بالمال بالراضي ، وكونه أدخل الباء على الثوب لا يقدح في أن الواقع بينهما هو هذا
المعنى وفيه تصحيح تصرفهما ، وإدخال الباء على الثوب كإدخالها على الثوب المقابل بالحمر فإذا اشترى خمر
بثوب فإنه لا يبطل بل يفسد وإن كان يقتضى أن المبيع هو الحمر وهو مبطل اعتبارا لتحصيل غرضهما ما أمكن

سجوازه في المكيلات والموزونات (والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان ، والمسلم فيه لا يكون ثمنا
بل يكون مثمناً فلا يصح السلم فيها : ثم قيل : يكون باطلا ، وقيل يتعقد بيعا بضمن مؤجل تحصيلاً لمقصود
المتعاقدين بقدر الإمكان والاعتبار في العقود للمعاني) والأول قول عيسى بن أبان ، والثاني قول أبي بكر
الأعمش رحمه الله . وهذا الاختلاف فيما إذا أسلم حنطة أو غيرها من العروض في الدراهم والدنانير يمكن أن
يصلح بيع حنطة بدراهم مؤجلة بناء على أنها قصدا مبادلة الحنطة بالدراهم ، وأما إذا كان كلامهما من الأثمان بأن
في أسلم عشرة في عشرة دراهم أو في دنانير فإنه لا يجوز بالإجماع ، وما ذكره عيسى أصح لأن التصحيح إنما يجب
في محل أوجب العقد فيه وهما أوجبا في السلم فيه ، وهو إذا كان من الأثمان لا يصح تصحيحه لأنها لا تكون مثمناً ،

(١٩) (٢٠) قال (وكذا في المذروعات) لأنه يمكن ضبطها بذكر النزع والصفة والصناعة ، ولا بد منها لارتفاع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم ،

(قوله وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها بذكر النزع والصفة والصناعة ولا بد منها) أي من هذه الثلاثة لضبط الذي هو شرط الصحة . وعرف من تعليقه هذا أن شرط صحة السلم كون السلم فيه مضبوطا على وجه يمكن تسليمه من غير إفضاء إلى المنازعة . فلهذا أجمع الفقهاء على جواز السلم في المذروعات من الثياب والبسط والحصر والبقايا إذا بين الطول والعرض . وفي الإيضاح : يحتاج إلى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج لبقاء التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لأنها تختلف باختلاف الوزن فإن الديباج كلما ثقل ازدادت قيمته ، والحرير كلما خف زادت انتهى . وهذا في عرفهم . وفي عرفنا ثياب الحرير أيضا وهي المسماة بالكهزاء كلما ثقل ازدادت القيمة . فالحاصل أنه لا بد من ذكر الوزن سواء كانت القيمة تزيد بالثقل أو بالنخفة . فإن قيل : ينبغي أن لا يصح السلم في غير المكيل والموزون لأنه مشروع على خلاف القياس ولم يذكر في النص المقيد لشريعته إلا الكيل والوزن فلا يقاس عليهما غيرهما . لا يقال : السلم مخصوص من عموم « لا يتبع ما ليس عندك » ودليل التخصيص جاز أن يعلل ويلحق بالخارج غيره . بل أننا نقول : ذلك مقيد بما إذا لم يخالف حكم دلائل التخصيص القياس لاتفاق كلمتهم على أن ما خالف القياس لا يقاس عليه غيره . فالجواب أن شرعية السلم ليس من تخصيص العام بل من تنقيح المطلق فالعام وهو لفظ ما ليس عندك الواقع في سياق انتهى وهو لا يتبع مطلق بالنسبة إلى ذكر الأجل فيما ليس عندك وعلمه . وشرعية السلم تنقيح له بما إذا لم يذكر الأجل في المبيع ، أما إذا ذكر الأجل فيجوز بيع كل ما ليس عندك لابعضه ليكون تخصيصا بما ليس عنده . بل كل ما ليس عنده بلا ذكر أجل على عموم في منع البيع وكله مع ذكره يخرج من ذلك الحكم لكن بشرط ضبطه ومعرفته . كما أن ما عنده أيضا لا يجوز بيعه عن غير سلم مع جهالته وعدم ضبطه . فالحاصل أن كله مع شرطه من الضبط يجوز بيعه بأجل ولا يجوز بغير أجل ، وكون المذكور في الحديث الكيل والوزن ليس تعيينا لهما ولا أمرا بخصوصهما على تقدير السلم ، بل حاصله أمر بتعيين الأجل والكيل على تقدير السلم في المكيل بيانا لشرط الصحة وهو عدم الجهالة . يدل عليه سياق الحديث وهو أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يسلفون في الثمار السنة والستين والثلاث فقال : من أسلم في شيء - يعني من هذه الثمار - فليكن إلى أجل معلوم وفي كيل معلوم ، ثم إنه صلى الله عليه وسلم زاد الوزن ليفيد عدم الاقتصاد على الكيل ، فإن سبب شرعية

وتصحيحه في الحنطة تصحيح في غير ما أوجبه فيه فلا يكون صحيحا . قال (وكذا في المذروعات لأنه يمكن ضبطها) أي وكجواز السلم في المكيلات والموزونات . جوازه في المذروعات لكونها كالمكيلات والموزونات في مناطق الحكم وهو إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لارتفاع الجهالة فجاز إلحاقها بهما . وعلى هذا التقرير سقط ما قيل الشيء إنما يلحق بغيره دلالة إذا تساوى من جميع الوجوه ، وليس المذروع مع المكيل أو الموزون كذلك لتفاوتها فيما هو أعظم وجوه التفاوت وهو كون المذروع قيميا ، وهما مثليان لأن المناطق هو ما ذكرنا ، إذ الجهالة المنغضية إلى النزاع ترفع بذلك دون كونه قيميا أو مثليا . فإن قيل : الدلالة لا تعمل إذا عارضها عبارة وقد عارضها قوله « لا يتبع ما ليس عندك » فإنه عبارة اختصت منه المكيلات والموزونات بقوله « من أسلم منكم » الحديث ، فبقي ما وادعاه تحت قوله لا يتبع . فالجواب إنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت للتخصيص لأن القرآن شرط له

(قوله فالجواب إنا لا نسلم صلاحية ما ذكرت الخ) . نقول : هذا منع لا يضر .

وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض . لأن العددي المتقارب معلوم المقدر مضبوط الوصف مقذور التسليم فيجوز السلم فيه ، والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت ؛ بخلاف البطيخ

بيع ما ليس عنده الحاجة إلى الاسترباح والتوسعة على المقل الرأسي فأنيط بمظنة ذلك من الإقدام على أخذ العاجل بالآجل وإعطائه وشرط الضبط لدفع المنازعة والقدرة على التسليم : ولذا أجمعوا على عدم الاقتصار على المكمل والموزون للقطع بأن سبب شرعيته لا يختلف وهو الحاجة للماسة إلى أخذ العاجل بالآجل وهي ثابتة من القرازين في المنروع كما في أصحاب المكيلات والموزونات ؛ يفهم ذلك كل من سمع سبب المشروعية المنقول في أثناء الأحاديث سواء كان له رتبة الاجتهاد أو لم يكن فلذا كان ثبوت السلم في المنروعات بالدلالة : أعني دلالات النصوص المتضمنة للسبب لمن سمعها . فإن قيل : في المنروعات مانع وهو أن الضبط بالوزن دونه بالكيل والوزن فلا يباحق بهما . فالجواب حينئذ . إن قلت : النوع لا يضبط المقدر كما يضبط الكيل والوزن فليس بصحيح ، بل الذراع المعين يضبط كمية المبيع بلا شبهة فيه ، والاختلاف فيه ليس في الصنعة ، ونحن ما قلنا إن مجرد ذكر عدد الذراعان صحيح للسلم بل لا بد من ذكر الأوصاف حتى ينضبط ، كما أن المكيل أيضا لا يكفي في صحة السلم فيه مجرد ذكر عدد الكيل بل لا بد أن يذكر الأوصاف معه ، فتأمل هذا التقرير فإن في غيره خطأ ، والله أعلم (قوله) وكذا في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض (أى يجوز السلم فيها عددا (لأن العددي المتقارب مضبوط بالمعدود مقذور التسليم فيجوز السلم فيه) عددا) والصغير والكبير فيه سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت) بعد أن يكون من جنس واحد لأن التفاوت حينئذ يسير لا عبرة به ، ولذا لا يتابع بيضة دجاجة بفلس وأخرى بفلسين ، وهذا هو الضابط في المعدود المتقارب ، وهو مروى عن أبي يوسف ، وعليه عوك المصنف : أعني أن ما تفاوتت مالهته متفاوتات كالبطيخ والقرع والرمان والرموس والأكارع والسررجل ، فلا يجوز السلم في شيء منها عددا للتفاوت في المالية إلا إذا ذكر ضابطا غير مجرد العدد كطول وغلط ونحو ذلك . ومن المعدودات المتفاوتة البقوليات والفراخ فلا يجوز فيها إلا بذكر مميزات . وأجازوه في الباذنجان والكأغد عددا لإهدار التفاوت ، وفيه نظر ظاهر ، أو يحمل على كأغد بقال خاص وإلا لا يجوز . وكون الباذنجان مهمل التفاوت لعله في باذنجان ديارهم وفي ديارنا ليس كذلك ، بخلاف بيض النعام وجوز الهند لا يستحق شيء منه بالإسلام في بيض الدجاج والجزء الشامي والفرنج لعدم إهدار التفاوت من جنسين لكثرة التفاوت . ويشترط مع العدد بيان الصفة أيضا ، فلو أسلم في بيض النعام أو جوز الهند جاز كما جاز في الآخرين . وعن أبي حنيفة أنه منعه في بيض النعام ادعاء لتفاوت أحاده في المالية وهو خلاف ظاهر الرواية . والوجه أن ننظر إلى الغرض في عرف الناس ، فإن كان الغرض في عرف من يبيع بيض النعام الأكل ليس غير كعرف أهل البوادي يجب أن يعمل بظاهر الرواية فيجوز ، وإن كان الغرض في ذلك العرف حصول القشر ليتخذ في سلاسل القناديل كما في ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بهذه الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون مع نفاذ البياض أو إهداره . قال المصنف

وهو ليس بموجود ، سلمناه لكنه عام مخصوص وهو دون القياس فلا يكون معارضا للدلالة (وكذا في المعدودات المتفاوتة وهي التي لا تتفاوت) أحادها (كالجوز والبيض لأن العددي المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقذور التسليم) فكان مناط الحكم موجودا كما في المنروعات (فجاز السلم فيه إلحاقا بالمكيل والموزون والكبير والصغير سواء لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت) فإنه قلبا يباع جوز بفلس وآخر بفلسين وكذا البيض (بخلاف البطيخ

والرمان لأنه يتفاوت أحاده تفاوتاً فاحشاً ، ويتفاوت الأحاد في المالية بعرف العددي المتقارب . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في بيع النعامة لأنه يتفاوت أحاده في المالية . ثم كما يجوز السلم فيها عدداً يجوز كيلاً . وقال زفر رحمه الله : لا يجوز كيلاً لأنه عددي وليس بمكيل . وعنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت . ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وتارة بالكيل ، وإنما صار معدوداً بالاصطلاح فيصير مكيلاً باصطلاحهما . وكذا في الفلوس عدداً . وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله . وعند محمد رحمه الله لا يجوز لأبها أثمان . ولهما أن الثمن في حقهما باصطلاحهما فينبطل باصطلاحهما ولا تعود وزناً وقد ذكرناه من قبل .

(وكما يجوز عدداً في العددي المتقارب يجوز كيلاً . وقال زفر : لا يجوز لأنه ليس بمكيل بل معدود . وعنه لا يجوز عدداً أيضاً للتفاوت) بين أحاده . قلنا : أما التفاوت فقد أهدر فلا تفاوت إذ لا تفاوت في ماله ، وأما كونه معدوداً فسلم . لكن لم لا يجوز كيلاً مع أن اعتبار المقدار ليس إلا بالضبط والاضبط لم ينحصر في العدد بل يعرف بطريق آخر . فإن قيل : الكيل غير معلوم فيه لما يبقى بين كل جورتين ويضيق من التحايل : قلنا : قد علمنا به ورعى رب السلم فإنما وقع السلم على مقداراً معلوماً هذا الكيل مع تحمله ، وإنما يمنع ذلك في أموال الربا إذا قبلت بمنسبها والمعدود ليس منها ، وكيله إنما كان باصطلاحهما فلا يصير بذلك مكيلاً مطلقاً ليكون رويوا . وإذا أجزأه كيلاً فوزناً أولى (قوله وكذا في الفلوس عدداً) أي يجوز السلم في الفلوس عدداً . هكذا ذكره محمد رحمه الله في الإجماع من غير ذكر خلاف ، فكان هذا ظاهر الرواية عنه . وقيل بل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف . أما عنده فلا يجوز بدليل منعه ببيع الفلاس بالفلسين في باب الربا لأبها أثمان ، وهذا ما أراد المصنف من قوله ذكرناه من قبل ، وإذا كانت أثماناً لم يجز السلم فيها على ما ذكرناه . وروى عنه أبو الليث الخوارزمي أن السلم في الفلوس لا يجوز على وفق هذا التخريج ، لكن ظاهر الرواية عنه الجواز . والفرق له بين البيع والسلم أن من ضرورة السلم كون المسلم فيه ثمناً ، فإذا أتممنا على السلم فقد تضمن إبطالهما اصطلاحهما على الثمن . ويصح السلم فيها على الوجه الذي يتعامل فيها به وهو العد : بخلاف البيع فإنه يجوز وروده على الثمن فلا موجب لخروجها فيه عن الثمنية فلا يجوز التفاضل فامتنع ببيع الفلاس بالفلسين ، وقد تضمن الفرق المذكور جواب المصنف المذكور على تقدير تخريج الرواية عنه . وقولنا يصح السلم فيها على الوجه الذي إلى آخره هو تقرير قول المصنف ولا يعود وزناً : يعني إذا بطلت ثمنيتها لا يلزم خروجها عن العدنية إلى الوزنية ، إذ ليس من ضرورة عدم الثمنية عدم العدنية كالجوز والبض بل يبقى على الوجه الذي تعرفت التعامل به فيها وهو العدد إلا أن يهمل أهل العرف كما هو في زماننا ، فإن الفلوس أثمان في زماننا ولا تقبل إلا وزناً فلا يجوز السلم فيها إلا وزناً في ديارنا في زماننا وقد

والرمان لأنه يتفاوت أحاده تفاوتاً فاحشاً) فصار الضابط في معرفة العددي المتقارب عن التفاوت تفاوت الأحاد في المالية دون الأنواع ، وهذا هو المروي عن أبي يوسف رحمه الله ، ويؤيد ذلك ما روى عن أبي حنيفة رحمه الله أن السلم لا يجوز في بيع النعامة لأنه يتفاوت أحاده في المالية : ثم كما يجوز السلم فيها : أي في المعدودات المتقاربة عدداً يجوز كيلاً . وقال زفر : لا يجوز لأنه عددي لا كيلي . وعنه أنه لا يجوز عدداً أيضاً لوجود التفاوت في الأحاد . ولنا أن المقدار مرة يعرف بالعدد وأخرى بالكيل فأمكن الضبط بهما فيكون جائزاً وكونه معدوداً باصطلاحهما فيجاء لإهداره والاصطلاح على كونه كيلاً (قوله وكذا في الفلوس عدداً) ذكره في الإجماع الصنير مطلقاً من غير ذكر خلاف لأحد : وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف : وأما عند محمد فلا يجوز : أي لا يجوز

(ولا يجوز السلم في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله : يجوز لأنه يصير معلوما ببيان الجنس ^{والمسكن} والنوع والصفة ، والتفاوت بعد ذلك يسير فأشبهه الثياب . ولنا أنه بعد ذكر ما ذكر بيني فيه تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة .

كانت قبل هذه الأعصار عددية في ديارنا أيضا (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) دابة كان أو رقيقا ، وهو قول الثوري والأوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد (يجوز) للمعنى والنص . أما المعنى (فلأنه يصير معلوما) أى منضبطا (ببيان الجنس) كفارس أو إبل أو عبد (والسكن) كابن مخاض أو عشار (والنوع) كعروى وبحتى وحشيش (والصفة) كأحر وأمر وطويل أو ربة (والتفاوت بعد ذلك يسير) وهو مغتفر بالإجماع ، ولأنه يصح سلم أصلا . فإن الغائب لو بلغ في تعريفه النهاية لابد من تفاوت بينه وبين المرئى ، فإن بين جيد وجيد من الحنطة تفاوت لا يخفى وإن صدق اسم الجودة على كل منهما ، وكذا بين ثوب ديباج أحر وثوب ديباج أحر فلم أن التفاوت اليسير مغتفر شرعا فصار الحيوان كالثياب والمكيل ، وأما النص فابن داود عن محمد بن إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن مسلم بن جبير عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا ، فنفتت الإبل فأمره أن يأخذ على قلائص الصدقة ، وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة . ورواه الحاكم . وصحح على شرط مسلم . وأخرج الطحاوى بسنده

السلم في القلوس لأنها أثمان ، والسلم في الأثمان لا يجوز . ولهما أن الثنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما لعدم ولاية الغير عليهما فلهما باصطلاحهما ، فإذا بطلت الثنية صارت مثنى تثنى بالتعيين فجاز السلم ، وقد ذكرناه في باب الربا في مسئلة بيع الفلاس بالفلسين . ومن المشايخ من قال : جواز السلم في القلوس قول الكل ، وهذا القائل يحتاج إلى الفرق لحمد بين البيع والسلم ، وهو أن كون المسلم فيه مثنى من ضرورة جواز السلم ، فلاقدامهما على السلم تضمن لإبطال الاصطلاح في حقهما فعاد مثنى ، وليس من ضرورة جواز البيع كون المبيع مثنى فإن بيع الأثمان بغضها ببعض جائز ، فلاإقدام على البيع لايتضمن لإبطال الاصطلاح في حقهما فبقى مثنى كما كان ، وفسد بيع الواحد بالاثنتين (قوله ولا يجوز السلم في الحيوان) وهو لايتأول إما أن يكون مطلقا أو موصوفا ، والأول لايجوز بلا خلاف ، والثاني لايجوز عندنا خلافا للشافعي رحمه الله : هو يقول يمكن ضبطه ببيان الجنس كالإبل ، والسكن كالجذع والنوى ، والنوع كالبحث والعرب ، والصفة كالسمن والمزال ، والتفاوت بعد ذلك أسقط لقلته فأشبهه الثياب ، وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمرو بن العاص أن يشتري بعيرا ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل . وأنه عليه الصلاة والسلام استقرض بكرا وقضاه رباعيا ، والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض . ولنا أن بعد ذكر الأوصاف التي اشترطه الخصم يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة ، فقد يكون فرسان متساويان في الأوصاف المذكورة ويزيد من إحداهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة المتأفة لوضع الأسباب ، بخلاف الثياب لأنه مصنوع العباد ، فقلما يتفاوت تفاوتاً فاحشا بعد ذكر الأوصاف ، وشراء البعير ببعيرين كان قبل نزول آية الربا أو كان في دار الحرب ولا ربا بين الحربى والمسلم فيها ، وتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام فنقل الآلات كان من دار الحرب لغيرها في دار الإسلام

(قوله فنقل الآلات كان من دار الحرب الخ) نقول : ينشئ الآلات للهمة في تجهيز جيش الإسلام من الخيل والجمال وغيرهما ، فكان الأمر لغير شراعيها منهم .

بغلاف الثياب لأنه مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد .

إلى أنى رافع « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرة . فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة . فأمر أبا رافع أن يقضى للرجل بكرة . فرجع إليه أبو رافع فقال : لم أجد فيها إلا جملا خيارا رباعيا . فقال : أعطه إياه . إن من خيار الناس أحسنهم قضاء » . فدل على ثبوت الحيوان في الذمة . وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة يوفها صاحبها بالربذة . وفي رواية : بأربعة أبعرة مضمونة . واستوصف بنو إسرائيل البقرة فوصفها الله تعالى لم فعلموها بالوصف . وقال صلى الله عليه وسلم « ألا لا يصف الرجل الرجل بين يدي امرأته حتى كأنها تنظر إليه ولا تصف المرأة المرأة بين يدي زوجها حتى كأنه ينظر إليها » فقد جعل الموصوف كالمرئى . وقد أثبت الشرع الغرة ومائة من الإبل دية في الذمة وأثبت مهرا في الذمة . وصحة الدعوى بالحيوان الموصوف والشهادة به مع أن شرط الدعوى والشهادة كون المدعى والمشهود به معلوما . قلنا : أما المعنى فيمنع أن بعد الوصف في الحيوان يصير التفاوت سيرا بل هو بعد ذلك مما يصير معه تفاوت فاحش . فإن العبد بين المتساويين منا ولونا وجنسا يكون بينهما من التفاوت في حسن الشيمة والأخلاق والأدب وفهم المقاصد ما يصير به بأضعاف قيمة الآخر ، وكذا بين الفرسين والجمالين (بغلاف الثياب) فلها مصنوعة العبد بآلة خاصة . فإذا اختلفت لم تتفاوت إلا سيرا ، وكذا بين الخيدين من الحنظلة مثلا باتفاق خلق الله تعالى في غير الحيوان ذلك ولم يخاف الله تعالى الحيوان كذلك . وقول المصنف رحمه الله (قلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد) يريد أنهما يتفاوتان قليلا لا علم التفاوت أصلا كما هو استعمال قلما فإن هذا الفعل : أعنى قل إذا كلف بما استعمل للنفي : كقولهم : قلما وصال على طول الصدود يلومهم . وحين علمنا أنه أراد قلة التفاوت وجب أن نجعل ما مصلدية والمعنى قل التفاوت ، ولا يخفى ما في قول غير واحد من الشارحين إذا اتخذ الصانع والآلة اتحد المصنوع من التساهل ، وأما النص المذكور فقال ابن القطان : هذا حديث ضعيف مضطرب الإسناد ، فرواه حماد بن سلمة هكذا ، ورواه جرير بن حازم عن ابن إسحاق فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أبا سفيان على مسلم بن جبير : ذكر هذه الرواية الدارقطني : ورواه عفان عن حماد بن سلمة فقال فيه : عن ابن إسحاق عن يزيد بن أبي حبيب عن أبي حبيب : عن مسلم عن أبي سفيان عن عمرو بن حريش . ورواه عبد الأعلى عن ابن إسحاق عن أبي سفيان عن مسلم بن كثير عن عمرو بن حريش . ورواه عن عبد الأعلى أبو بكر بن أبي شيبة . فأسقط يزيد بن أبي حبيب وقدم أبا سفيان كما فعل جرير بن حازم إلا أنه قال في مسلم بن جبير مسلم بن كثير . ومع هذا الاضطراب فعمر بن حريش مجهول الحال ومسلم بن جبير لم أجد له ذكرا ولا أعلمه في غير هذا الإسناد ، وأبو سفيان فيه نظر انتهى كلامه . فلا حجة فيه مع أنه معارض بما هو أقوى منه ، وهو ما أخرجه ابن حبان في صحيحه عن سفيان عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » : ورواه عبد الرزاق : حدثنا معمر به ، وكذا رواه الدارقطني والبراز قال البراز : ليس في الباب أجل إسنادا من هذا . وقول البيهقي إنه عن عكرمة مرسل بسبب أن منهم من رواه عن معمر كذلك كأنه هو مبنى قول الشافعي رحمه الله : إن حديث النبي عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة غير ثابت ، لكن هذا غير مقبول بعد تصريح الثقات بابن عباس كما ذكرنا وكذا رواه الطبراني في معجمه عن داود بن عبد الرحمن العطار عن معمر به مسندا ، وغاية ما فيه تعارض الوصل

يومئذ ، ولم يكن القرض ثابتا في ذمة رسول الله صلى الله عليه وسلم بل دليل أنه قضاء من إبل الصدقة والصدقة حرام

وقد صحح أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن السلم في الحيوان ، ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير :

والإرسال من الثقات والحكم فيه للوصول كما عرف ، وقد تأيد بعد تصحيحه بأحاديث من طرق : منها ما أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن الحسن عن سمرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » وقول البيهقي : أكثر الحفاظ لا يثبتون سباح الحسن من سمرة معارض بتصحيح الترمذى له ، فإنه فرع القول بسماحه منه مع أن الإرسال عندنا وعند أكثر السلف لا يقدر ، مع أنه قد يكون شاهدا مقويا فلا يضره الإرسال . وأيضا اعتضد بالوصول السابق أو المرسل الذي يرويه من ليس يروى عن رجال الآخر ، وحديث آخر أخرجه الترمذى عن الحجاج بن أرطاة عن أبي الزبير عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الحيوان اثنين بواحد لا يصلح نساء ، ولا بأس به يدا بيد » قال الترمذى حديث حسن كأنه للخلاف في الحجاج بن أرطاة . وحديث آخر أخرجه الطبراني عن ابن عمر نحوه سواء . وقول البخارى مرسل وجوابه على نحو ما ذكرناه آنفا وتضعيف ابن معين محمد بن دينار لا يضر لذلك أيضا مع أنه ليس كذلك . وأخرج الإمام أحمد : حدثنا حسين بن محمد ، حدثنا خلف بن خليفة عن أبي خباب عن أبيه عن ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تتبعوا الدينار بالدينارين ولا الدرهم بالدرهمين » فقال رجل : يا رسول الله أرأيت الرجل يبيع الفرس بالافراس والتجنية بالإبل ؟ قال : لا بأس إذا كان يدا بيد ، وحل هذه الأحاديث على كون النهى فيما إذا كان النساء من الجاهلين حتى يكون بيع الكالي بالكالي تقييدا للأعم فإنه أعم من ذلك فلا يجوز المصير إليه بلا موجب . وقال المصنف رحمه الله (صحح « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان ») هوما أخرجه الحاكم والدارقطنى عن إسماعيل بن إبراهيم بن جوفى ، حدثنا عبد الملك اللخامى ، حدثنا سفيان الثوري عن معمر بن يحيى بن أبي كثير عن عكرمة عن ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان » وقال : صحيح الإسناد ولم يخرجاه . وتضعيف ابن معين بن جوفى فيه نظر بعد تعدد ما ذكره من الطرق الصحيحة والحسان مما هو بمعناه يرفعه إلى الحجية بمعناه لما عرف في فن الحديث ، وكذا يجب أن يرجع على حديث أبي رافع إن صح لأنه أقوى سندا : أعنى حديث ابن حبان ، ولأن المانع يرجع على المبيح . وفي الباب أثر أبي حنيفة عن حماد بن أبي سليمان

عليه فكيف يجوز أن يفعل ذلك (قوله وقد صحح) يجوز أن يكون إشارة إلى جواب ما يقال : التفاوت الفاحش في المعاني الباطنة لا يوجد في العصافير والحمامات التي تؤكل ، وأن السلم فيها لا يجوز أن يكون عندهم . وتقديره أن عدم جواز السلم في الحيوان ليس لكونه غير مضبوط فإنه يجوز في الديباج دون العصافير ، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الديباج بل هو ثابت بالسنه . لا يقال : النهى عن الحيوان المطلق عن الوصف والمتنازع فيه هو الموصوف منه فلا يتصل بمحل النزاع ، لأن محمد بن الحسن ذكر في أول كتاب المضاربة أن ابن مسعود رضى الله عنه دفع مالا مضاربة إلى زيد بن خليفة فأسلمها زيد إلى عتريس بن عرقوب في قلائص معلومة ، فقال ابن مسعود : اردد ما لنا لاتسلم أموالنا . وهو دليل على أن المنع لم يكن لكونه مطلقا لأن القلائص كانت معلومة فكان لكونه حيوانا . لا يقال : في كلام المصنف تسميح لأن الدليل المذكور بقوله ولنا منقوض بالعصافير لأن ذكر ذلك لم يكن من حيث الاستدلال على المطلوب بل من حيث جواب الخصم ، وأما الدليل على

(قوله لا يقال في كلام المصنف تسميح) أقول : بين فقرته والحيوان ، ثم أقول : فيه شيء ، إلا أن يقال في قوله تسميح تسميح ، والمعنى في كلام المصنف اعتراض (قوله لأن ذكر ذلك منع) أقول : جواب لقوله ولا يتوهم .

قال (ولا في أطرافه كالرعوس والأكرار) للتفاوت فيها إذ هو عددي متفاوت لامقتدر لها .

عن إبراهيم النخعي قال : دفع عبد الله بن مسعود إلى زيد بن خويلدة البكري مالا مضاربة . فأسلم زيد إلى عتريس بن عرقوب الشيباني في قلائص : فلما حلت أخذ بعضها وبقي بعض . فأعسر عتريس وبلغه أن المال لعبد الله فأثاه يسترقه . فقال عبد الله : أعمل زيد ؟ فقال نعم . فأرسل إليه فسأله فقال عبد الله : اردد ما أخذت وخذ رأس مالك ولا تسلمن مالنا في شيء من الحيوان . قال صاحب التقيج : فيه انقطاع يريد بين إبراهيم وعبد الله ، فإنه إنما يروى عنه بواسطة علقمة أو الأسود . إلا أن هذا غير قاذح عندنا خصوصا من إرسال إبراهيم . فقد تعارضت الأحاديث والطرق عن ابن عباس وسمرة وجابر وغيرهم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في المطلوب : وما ذكروا من معرفة البقرة بالوصف فإنما ذكر الله لم أوصافا ظاهرة ليطبقوها على معين موجود ، ولا شك في أن هذا مما تحصل به المعرفة وكلامنا في أنه ينتفي معه التفاوت الفاحش مطلقا معناه . وأما منعه صلى الله عليه وسلم وصف الرجل الحديث فللحقوق الفتنة على السامع وهي لا تتوقف على انتفاء التفاوت الفاحش بين الوصف والشخص . وأما ثبوته في اللفة في المهر والنية ونحوها فلأن الحيوان فيه ليس مقابلا بمال وهو ظاهر فتجري فيه المساهلة . بخلاف ما قبل بمال فإنه تجرى فيه المشاحنة فحريتنا على موجب ذلك وقتلنا : ما وقع من الحيوان بدل مال كالمبيع منه لا يجوز أن يثبت في اللفة لما يجرى فيه من المشاحنة عادة ، بخلاف غيره كالمهر وما معه فإنه ليس عوضا عن مال خرج من يد الآخر فيجوز فعلنا بالآثار فيها . ولقائل أن يقول : كون التفاوت بعد الأوصاف يبق فاحشا لأضر . لأن ذلك باعتبار الباطن . ولا يازم المسلم إليه سوى ما تضمن ما ذكر . من الأوصاف الظاهرة ، فإذا انطبق المذكور منها على ما يؤديه المسلم إليه حكم عليه بقبوله سواء كان التفاوت قليلا بحسب الباطن أو كثيرا لأن المقدور عليه ليس إلا الموصوف فقط : نعم لو عين من الأوصاف الذكاء وجودة الفهم والأخلاق الحسنة ينبغي أنه لا يجوز لأن ذلك لا يعرف إلا بعد زمان الاختبار ، وبعده تجرى المنازعة في أن أخلاقه ماهي وفي تحريرها : فالفرق في إبطال السلم في الحيوان ليس إلا السنة ، وهكذا قال محمد بن الحسن لما سأله عمرو بن أبي عمرو قال : قلت له : إنما لا يجوز في الحيوان لأنه غير مضبوط بالوصف ، قال : لا ، لأننا نجوز السلم في الدبابيح ولا يجوز في العصافير ، ولعل ضبط العصافير بالوصف أهون من ضبط الدبابيح ولكنه بالسنة . وفي مبسوط شيخ الإسلام : والعصافير وإن كانت من العنديات المتقاربة لكنه في معنى المتقطع لأنه مما لا يقتضى ولا يحبس للتو ولا يتيسر أخذه ولا رجحان أخذه بيقام مقام الموجود ، بخلاف السلمك الطرى لرجحان إمكان أخذه ، وهذا يقتضى جواز السلم فيما يقتضى منها كالحمام والقمري وهو خلاف المنصوص عن محمد . وقد روى عن أبي يوسف أن مالا تفاوت أحاده كالعصافير يجوز السلم فيها ولو لمعها ، وهو شكل على الدليل . لأننا إن علمناه بعدم الضبط فالعبارة لعين النص لا لمعنى النص ، وإن اعتبرنا عمومه وجب أن لا يجوز . فلان قيل : فالسلمك الطرى مخصوص من عموم الحيوان فجواز في العصافير قياسا على الثياب بقلة التفاوت . قلنا : إنما يتم لو شرط حياة السلمك الطرى في المسلم فيه وليس كذلك ، بل كيفما كان حتى لو شرط ذلك كان لنا أن نمنع صحة السلم فيه (قوله ولا في أطرافه) أى لا يجوز السلم في أطراف الحيوان (كالرعوس والأكرار) وهو جمع كراع وهو

فلح فهو السنة . قال (ولا في أطرافه كالرعوس والأكرار) والكراع ما دون الركبة من الدواب ، والأكرار جمعه لأنه عددي متفاوت لا مقدر له ولا في جلوده لأنها تباع عددا وهي عديدة فيها الصغير والكبير فيغيبى السلم

قَالَ (وَلَا فِي الْجُلُودِ عِدَدًا وَلَا فِي الْحَبِّ حَزْمًا وَلَا فِي الرُّبْعَةِ حِجْرًا) لِتَفَاوُتِهَا ، إِلَّا إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ بِأَنْ يَنْحَوِيَ لَهُ طَوْلٌ مَا يَشْدُ بِهِ الْحَزْمَةُ أَنَّهُ شِبْرٌ أَوْ ذِرَاعٌ فَحِينَئِذٍ يَحْجُوزُ إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِهِ لَا يَتَفَاوَتُ . قَالَ (وَلَا يَحْجُوزُ السَّلْمُ حَتَّى يَكُونَ السَّلْمُ فِيهِ

مَادُونِ الرُّبْعَةِ فِي الدُّوَابِّ . قِيلَ الْمَانِعُ مَبْنِيٌّ عَلَى مَنَعِ السَّلْمِ فِي الْحَيَوَانِ وَهَذِهِ أَبْعَاضُهُ ، وَلَيْسَ بِشَيْءٍ لَأَنَّهَا لَا يَصْدُقُ عَلَيْهَا الْحَيَوَانُ إِنْ كَانَ التَّهْيُّ تَعْبِيدًا ، وَلَا الْمَعْنَى إِنْ كَانَ مَعْلُولًا بِالتَّفَاوُتِ الْفَاحِشِ لِأَنَّ ذَلِكَ إِنَّمَا يَكُونُ فِي حَالَةِ الْحَيَاةِ ، وَكَانَ يَلْزَمُ أَنْ لَا يَحْجُوزُ فِي الْجُلُودِ لَكِنَّهُ جَائِزٌ بِذِكْرِ الطَّوْلِ وَالْعَرْضِ وَالنَّوْعِ وَالْجُودَةِ ، وَلِذَا يَحْجُوزُ السَّلْمُ فِي الْجُلُودِ وَزَنَا . وَالْمَصْنُفُ إِنَّمَا ذَكَرَ فِي مَنَعِهَا عِدَدِيَّةً مُتَفَاوِتَةً وَلَا مَقْدُورًا فَاغْتَنَعَ السَّلْمُ عِدَدًا وَغَيْرَ عِدَدٍ لَا تَنْفَاءَ الْمَقْدُورِ . وَعِنْدِي لَا بَأْسَ بِالسَّلْمِ فِي الرُّعُوسِ وَالْأَكَارِعِ وَزَنَا بَعْدَ ذِكْرِ النَّوْعِ ، وَبَاقِي الشَّرْطِ ، فَإِنْ الْأَكَارِعُ وَالرُّعُوسُ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ حِينَئِذٍ لَا تَفَاوَتُ تَفَاوُتًا فَاحِشًا ، وَقَوْلُ مَالِكٍ يَحْجُوزُهُ عِدَدًا بَعْدَ ذِكْرِ النَّوْعِ لَخْفَةِ التَّفَاوُتِ جَدِيدٌ لَكِنْ يَرَادُ أَنَّهَا رُعُوسٌ عَجَاجِيلُ أَوْ أَبْقَارٌ كِبَارٌ وَنَحْوُهُ فِي الْغَنَمِ ، فَإِنَّ التَّفَاوُتَ بَعْدَ ذَلِكَ يَسِيرُ (لَا فِي الْجُلُودِ عِدَدًا) وَكَذَا الْأَخْشَابُ وَالْجَوَالِقَاتُ وَالْقِرَاءُ وَالثِّيَابُ الْمُخِيطَةُ وَالْخَفَافُ وَالْقَلَانِسُ ، إِلَّا أَنْ يَذْكَرَ الْعِدَدُ لِقَصْدِ التَّعْدُدِ فِي السَّلْمِ فِيهِ ضَبْطًا لِكَيْتَمَّ نَحْوُ مَا يَقَعُ بِهِ الضَّبْطُ كَانَ يَذْكَرُ فِي الْجُلُودِ مَقْدَارًا مِنَ الطَّوْلِ وَالْعَرْضِ بَعْدَ النَّوْعِ كَجُلُودِ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ ، وَكَذَا فِي الْأَدِيمِ بِأَنْ يَقُولَ طَائِفِي أَوْ بَرِغَالِي ، وَفِي الْخَشَبِ طَوْلُهُ وَغُلْظُهُ وَنَوْعُهُ كَسَطٌ أَوْ حُورٌ وَنَحْوُهُ . وَقَوْلُ بَعْضِهِمْ يَحْجُوزُ فِي الْكَأْغَدِ عِدَدًا مَحْمُولٌ عَلَى مَا بَعْدَ تَسْمِيَةِ طَوْلِهِ وَعَرْضِهِ وَثَمَنِهِ وَرَقَّتِهِ وَنَوْعِهِ ، إِلَّا أَنْ يَنْبَغِيَ ذِكْرُ نِسْبَتِهِ عَنْ قَدَرِهِ كَقُورْقُ حُمُورٍ ، وَفِي الْجَوَالِقِ طَوْلُهُ وَوَسْعُهُ ، وَكَذَا كُلُّ مَا كَانَ مُمَيِّزًا لَهُ عَنْ غَيْرِهِ قَاطِعًا لِلشَّرَاطِكِ (و) كَذَا (لَا) يَحْجُوزُ (فِي الْحَبِّ حَزْمًا وَلَا فِي الرُّبْعَةِ حِجْرًا) لِتَفَاوُتِهَا إِلَّا إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ بِأَنْ يَبِينُ طَوْلُ مَا يَشْدُ بِهِ الْحَزْمَةُ أَنَّهُ شِبْرٌ أَوْ ذِرَاعٌ فَحِينَئِذٍ يَحْجُوزُ إِذَا كَانَ لَا يَتَفَاوَتُ ، وَلَيْسَ الْمَعْنَى أَنْ لَا يَحْجُوزُ السَّلْمُ فِيهَا أَصْلًا بَلْ لَا يَحْجُوزُ بِهَذَا الْقَدْرِ ، وَلَوْ قَلَّ بِالْوِزْنِ فِي الْكُلِّ حِجَازٌ . وَفِي دِيَارِنَا تَعَارَفُوا فِي نَوْعٍ مِنَ الْحَبِّ الْوِزْنَ فَيَحْجُوزُ الْإِسْلَامُ فِيهِ وَزَنَا وَهُوَ أَضْبَطُ وَأَطْيَبُ ، وَكَوْنُ الْعَرَفِ فِي شَيْءٍ مِنْ بَعْضِ الْمَقْدَرَاتِ لَا يَمْنَعُ أَنْ يَتَعَامَلَ فِيهِ بِمَقْدَارٍ آخَرَ يَصْطَلِحَانِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَمْنَعَ مِنْهُ مَانِعٌ شَرْعِي كَمَا قُلْنَا فِي الْبَيْضِ كَيْلًا ، وَعَنْهُ كَانَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ جَوَازَ السَّلْمِ فِي الْخُطَّةِ وَزَنَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قُبِلَ نَحْوُ الْخُطَّةِ بِجَنَسِهَا وَزَنَا وَهُوَ كَيْلٌ لِمَا عُرِفَ فِي بَابِ الرِّبَا ، أَمَّا السَّلْمُ فَلَيْسَ يَلْزَمُ فِيهِ ذَلِكَ لِأَنَّ رَأْسَ مَالِ السَّلْمِ فِي الْخُطَّةِ لَا يَكُونُ خُطَّةً وَقَدْ رَضِيََا بِضَبْطِهِ وَزَنَا كَيْ لَا يَصِيرَ تَفَاوُتُ الْخُطَّتَيْنِ الْمُتَحَدِّيْنِ الْوِزْنَ كَيْلًا ، وَبِهَذَا تُضَعْفُ رَوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَحْجُوزُ فِي الْخُطَّةِ وَزَنَا . وَذَكَرَ قَاضِي خَانَ أَنَّ الْقَتْلَ عَلَى الْجَوَازِ لِتَعَامُلِ النَّاسِ ، وَيَحْجُوزُ السَّلْمُ فِي الْقَتْلِ وَزَنَا وَالرُّبْعَةِ الْقَضْبِ ، وَالْحَزْمِ يَضْمُ الْجِلْمَ وَفَتْحُ الرَّاءِ الْمَهْمَلَةِ جَمْعُ جِزْرَةٍ : وَهِيَ الْحَزْمَةُ مِنَ الرُّبْعَةِ كَحَزْمَةِ الرِّيحَانِ وَنَحْوُهُ ، وَأَمَّا الْجِزْرُ بِكَسْرِ الْجِلْمِ وَزَاوَيْنِ أَوَّلُهُمَا مُفَتْوحَةٌ فَجَمْعُ جِزْرَةٍ وَهِيَ الصُّوفُ الْمُجْزُوزُ (قَوْلُهُ وَلَا يَحْجُوزُ السَّلْمُ حَتَّى يَكُونَ السَّلْمُ فِيهِ

فِيهَا إِلَى الْمَنَازَعَةِ ، وَلَا يَتَوَحَّمُ أَنَّهُ يَحْجُوزُ وَزَنَا لِقَدَرِهِ عِدَدًا ، لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَنَّهُ عَدَدِيٌّ ، فَحِينَئِذٍ لَمْ يَحْجُزْ عِدَدًا لَمْ يَحْجُزْ وَزَنَا بِطَرِيقِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ لَا يَوِزُنُ عَادَةً . وَذَكَرَ فِي اللَّخْخِيرَةِ أَنَّهُ إِنْ بَيَّنَّ الْجُلُودُ ضَرْبًا مَعْلُومًا يَحْجُوزُ ذَلِكَ لِانْتِفَاءِ الْمَنَازَعَةِ حِينَئِذٍ (وَلَا فِي الْحَبِّ حَزْمًا) لِكُونِهِ مَعْمُورًا مِنْ حَيْثُ طَوْلُهُ وَعَرْضُهُ وَغُلْظُهُ ، فَإِنْ عُرِفَ ذَلِكَ جَازًا ، كَذَا فِي الْمَبْسُوطِ ، وَلَا فِي الرُّبْعَةِ جِزْرًا يَضْمُ الْجِلْمَ بَعْدَهَا رَاءَ مُفَتْوحَةٍ وَزَاوِيٍّ : وَهِيَ الْقَبْضَةُ مِنَ الْقَتْلِ وَنَحْوُهُ لِتَفَاوُتِهَا ، إِلَّا إِذَا عُرِفَ ذَلِكَ بَيَانًا طَوْلًا مَا يَشْدُ بِهِ الْحَزْمَةُ أَنَّهُ شِبْرٌ أَوْ ذِرَاعٌ فَهَئِذٍ يَحْجُوزُ إِذَا كَانَ عَلَى وَجْهِهِ لَا يَتَفَاوَتُ . قَالَ (وَلَا يَحْجُوزُ السَّلْمُ حَتَّى يَكُونَ السَّلْمُ فِيهِ

موجودا من حين العقد إلى حين الحبل ، حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجودا عند الحبل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك لا يجوز) وقال الشافعي رحمه الله : يجوز إذا كان موجودا وقت الحبل لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا تسلفوا في الثمار حتى يبلو صلاحها » ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل .

موجودا من حين العقد إلى حين الحبل (بكسر الحاء مصدر ميمي من الحلول (حتى لو كان منقطعاً عند العقد موجودا عند الحبل أو على العكس أو منقطعاً فيما بين ذلك) وهو موجود عند العقد والحبل (لا يجوز) وهو قول الأوزاعي (وقال الشافعي) ومالك وأحمد وإسحاق (إذا كان موجودا عند الحبل جاز) وإن كان منقطعاً وقت العقد أو بينهما لأن اشتراط الوجود للقدرة على التسليم وهو بالوجود وقت الحبل فاشتراطه في غير ذلك بلا موجب ، بل دليل نفيه عدم دليل وجوده لأن نفي المدرك الشرعي يكفي لنفي الحكم الشرعي . ولم أيضا إطلاق الحديث المتقدم أعني « أنه صلى الله عليه وسلم قدم المدينة فوجدهم يسلفون في الثمر السنة والستين والثلاث » فأفاض في بيان الشرط الشرعي فلم يزد على قوله « من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » فلو كان عدم الانقطاع شرطاً لبينه ، وحين لم يبينه لم يثبت بل لزم أنه ليس شرطاً بسكوته عنه بعد شروعه في بيان ماهو شرط على ما عرف في مثله . قلنا : بل فيه مدرك شرعي ، وهو ما رواه أبو داود وابن ماجه ، واللفظ له عن أبي إسحاق عن رجل نجراني . قلت : لعبد الله بن عمر أسلم في نخل قبل أن تطلع ؟ قال لا ، قلت لم ؟ قال « لأن رجلاً أسلم في حديقة نخل في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن تطلع النخل فلم تطلع النخل شيئاً ذلك العام ، فقال المشتري : أؤخره حتى تطلع ، فقال البائع : إنما النخل هذه السنة . فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال للبائع : أأخذ من نخلك

موجودا (وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حلول الأجل شرط جواز السلم عندنا ، وهذا ينقسم إلى ستة أقسام : قسمة عقلية حاصرة ، وذلك لأنه إما أن يكون موجودا من حين العقد إلى الحبل أو ليس بموجود أصلاً ، أو موجودا عند العقد دون الحبل أو بالعكس ، أو موجودا فيما بينهما ، أو معلوما فيما بينهما . والأول جائز بالاتفاق ، والثاني فاسد بالاتفاق ، والثالث كذلك ، والرابع فاسد عندنا خلافاً للشافعي ، والخامس فاسد بالاتفاق ، والسادس فاسد عندنا خلافاً لمالك والشافعي . له على الرابع وهو دليلهما على السادس وجود القدرة على التسليم حال وجوبه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « لا تسلفوا في الثمار حتى يبلو صلاحها » وهو حجة على الشافعي فإنه عليه الصلاة والسلام شرط لصحة وجود المسلم فيه حال العقد ، ولأن القدرة على التسليم إنما تكون بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل ، والمنقطع وهو مالا يوجد في سوقه الذي يباع فيه وإن وجد في البيوت غير مقدور عليه بالاكْتِسَاب ، وهذا حجة عليهما . واعترض بأنه إذا كان عند العقد موجودا كفي مؤنة الحديث ، وإذا وجد عند الحبل كان مقدور التسليم فلا مانع عن الجواز . وأجيب بأن القدرة إنما تكون موجودة إذا كان العاقد باقياً إلى ذلك الوقت ، حتى لو مات كان وقت وجوب التسليم عقيب ، وفي ذلك شك . ورد « بأن الحياة ثابتة فتبي . وأجيب بأن عدم القدرة على ذلك التقدير ثابت فيقي . فإن قيل : بقاء الكال في النصاب ليس بشرط في أثناء الحول فليكن وجود المسلم فيه كذلك .

(قوله وهذا ينقسم إلى ستة أقسام الخ) أقول : بل إلى ثمانية أقسام ، والثنيان الأخيران . أن يكون موجودا عند العقد ولم يملكه دون الحبل . وأن يكون موجودا عند الحبل وما قبله دون وقت العقد ، إلا أنهما متدرجان في قوله عند العقد دون الحبل أو بالعكس (قوله فليكن وجود المسلم فيه) أقول : فيه تأمل .

(ولو انقطع بعد الخيل قرب السلم بالخيار . إن شاء فسخ السلم . وإن شاء انتظر وجوده) لأن السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض .^(٩)

شيئا ؟ قال لا ، قال : بم تستحل ماله ، اردد عليه ما أخذت منه ولا تسلموا في نخل حتى يبدو صلاحه » وجه الدلالة أنه أولا يصدق على السلم إذا وقع قبل الصلاح أنه بيع ثمرة قبل بدو صلاحها . وفيه مجهول كما رأيت ، والحديث المعروف وهو أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها فيكون متناولاً للهي ، ويدل عليه ما أخرج البخاري عن أبي البختري قال : « سألت ابن عمر عن السلم في النخل قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يصلح ، وعن بيع النورق نساء بنابز » وسألت ابن عباس رضي الله عنهما عن السلم في النخل فقال : « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع النخل حتى يؤكل منه » فقد ثبت عن هذين الصحابييين الكبيرين في العلم والتبحر أنهما فهما من نهى عن بيع النخل حتى يصلح بيع السلم ، فقد دل الحديث على اشتراط وجوده وقت العقد والاتفاق على اشتراطه عند المحل فلزم اشتراط وجوده عندهما على خلاف قولهم . وأما لزوم وجوده بينهما فيما لعدم القائل بالفصل لأن الثابت قائلان : قائل باشتراطه عند المحل فقط ، وقائل عندهما وفيما بينهما ، فالقول باشتراطه عندهما لا غير إحداهما قول ثالث ، ونقول ذلك بتعليل النص على اشتراطه عند العقد مع أن الأداء يتأخر عنه فلا يضطر إليه عنده بأن اشتراطه للقدرة على التسليم ظاهر ، لأن الظاهر استمرار الوجود والاستمرار يتمكن من التحصيل ، فإن أخذ السلم مظنة العدم والأخذ بذلك مظنة التحصيل شيئا فشيئا في مدة الأجل وباعتبار المظنة تناط الأحكام فلا يلتفت إلى كون بعض من يسلم إليه قد يحصله دفعة عند حلول الأجل كالدرع وأهل النخل ، فإن ما يسلم فيه لا يحصى وأكثرهم يحصل المسلم فيه بدفعات ، رأيت المسلم إليه في الجلود أينبع عند حلول الأجل ألف رأس ليعطى جلودها لرب السلم ، وكذا الأسماك الماخلة والثياب والأخشاب والأحطاب والأعسال ، والمشاهد في بعض من له نخل أو زيتون أن يأخذ أكثر مما يتحصل له ليعطى ما يخرج له ويشترى الباقي ، وكثير يأخذون ليستريحوا في رأس المال وينفقوا من فضل الكسب على عيالهم ويحصلوا المسلم فيه قليلا قليلا ، لأن وضع السلم شرعا لاعتبار ظن ما ذكرنا فيكون هو السبب في اشتراط الشرع وجوده عند العقد ، ثم الانقطاع الذي يفسد العقدان لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وإن كان يوجد في البيوت . ذكره أبو بكر التلمجي وتواردوا عليه . وفي مهسوط أبي الليث : لو انقطع في إقليم دون إقليم لا يصح السلم في الإقليم الذي لا يوجد لأنه لا يتحصل إلا بمشقة عظيمة فيعجز عن التسليم ، حتى لو أسلم في الربط ببخارى لا يجوز وإن كان بمسجستان (ولو انقطع بعد المحل) أى حلول الأجل قبل التسليم لا يبطل العقد (لكن رب السلم بالخيار ، إن شاء فسخ ، وإن شاء انتظر وجوده) وقال زفر : يبطل العقد وهو قول الشافعي ورواية عن الكرخي للعجز عن التسليم قبل القبض فصار كما لو هلك المبيع قبل القبض في المبيع المعين ، فإن الشيء كما لا يثبت في غير محله لا يبق عند فواته ، كما لو اشترى بفلس ثم كسدت قبل القبض يبطل العقد فكذا هنا . ولنا (أن السلم قد صح) ثم تعلل التسليم بعارض (عن شرك الزوال) فيتخير المشتري (كما لو أبق المبيع قبل القبض) وهذا لأن المعقود

أجيب بأن وجوده كالنصاب ووجوده لا ككأله ، ووجوده شرط فوجود المسلم فيه كذلك (قوله ولو انقطع بعد المحل) يعني أسلم في موجود حال العقد والمحل ثم انقطع فالسلم صحيح على حاله ، ورب السلم بالخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء انتظر وجوده (لأن السلم قد صح والعجز عن التسليم طارئ على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض) في بقاء المعقود عليه والعجز عن التسليم ، فإن المعقود عليه في السلم هو الدين الثابت في النعمة وهو

قال (ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) لأنه معلوم القدر مضبوط الوصف مقصور التسليم إذ هو غير منقطع (ولا يجوز السلم فيه عددا) للتفاوت . قال (ولا خير في السلم في السمك الطرى إلا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما) لأنه ينقطع في زمان الشتاء . حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا . وإنما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم عند أبي حنيفة .

عليه هنا دين وحمل الدين النعمة وهي باقية فيبقى الدين ببقاء عمله ، وإنما تأخر التسليم إذا كان وجوده مرجحا . بخلاف المبيع العين فإن بهلاكه يفوت محل العقد . وكذا الفلوس إذا كسدت فلانها وإن كانت في النعمة لكن الثمن الكائن فيها فلوس هي أمان ولا وجود لها بعد الكساد فيفوت المحل ، ثم هو ليس على شرف الزوال بل الظاهر استمراره في الوجود . بخلاف ما نحن فيه لأن إدراك الزرع والثمار أونا معلوما ، وكذا غيرها أولان يكتر وجودها فيه من السنة برخص (قوله ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما) بأن يقول بوري أو راي . وفي أسماك الإسكندرية الشفش والدونيس وغيرها (لأنه) حيثئذ (معلوم القدر مضبوط الوصف مقصور التسليم . ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت) في التحفة : وأما الصغار فييجوز فيه كيلا ووزنا سواء فيه الطرى والمالح . وفي المغرب : سمك مليح ومملوح وهو المقدد الذي فيه الملع ، ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة . قال بعض الشارحين : لكن قال الشاعر :

بصرية تزوجت بصريا أطعمها المالح والطريا

ثم نقل عن بعض المشايخ وكفى بذلك حجة للفقهاء ، وظاهر هذا الاستدراك أنه ليس برديء مالم يجد سوى هذا البيت وهو لا يناق قول المغرب إلا في لغة رديئة . وليس لهذا الاستدراك فائدة . بل قال ابن دريد ملح ومليح ، ولا يلتفت إلى قول الراجز . أطعمها المالح والطريا . ذلك مولد لا يرشخ بلفظه . وأما الطرى فييجوز حين وجوده وزنا أيضا ، فإذا كان ينقطع في بعض السنة كما قيل إنه ينقطع في الشتاء في بعض البلاد فلا ينعقد في الشتاء . ولو أسلم في الصيف وجب أن يكون منتهى الأجل لا يبلغ الشتاء ، وهذا معنى قول محمد : لا خير في السلم

بأن يبقائها كالعبد الآبق . وفي قوله والعجز الطارئ على شرف الزوال إشارة إلى جواب زفر عن قياسه المتنازع فيه على هلاك المبيع في العجز عن التسليم وفي ذلك يبطل البيع فكل ذلك هاهنا . ووجهه أن العجز عن التسليم إذا كان على شرف الزوال لا يكون كالعجز بالملك لأنه غير ممكن الزوال عادة فكان القياس فاسدا . قال (ويجوز السلم في السمك المالح الخ) السلم في السمك لا يجوز عددا طريا كان أو مالحا للتفاوت ، ووزنا إما أن يكون في المالح أو الطرى ، فإن كان في المالح جاز في ضرب معلوم ووزن معلوم لكونه مضبوط القدر والوصف مقصور التسليم لعدم انقطاعه . وإن كان في الطرى إن كان في حينه جاز كذلك ، وإن كان في غير حينه لم يجز لكونه غير مقصور التسليم حتى لو كان في بلد لا ينقطع جاز . وروى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار التي تقطع اعتبارا بالسلم في اللحم في الاختلاف بالسمن والمزال . ووجه الرواية الأخرى أن السمن والمزال ليس بظاهر فيه فصار كالصغار . قيل يقال سمك مليح ومملوح ولا يقال مالح إلا في لغة رديئة وهو المقدد الذي فيه ملح ولا معتبر بقول الراجز :

بصرية تزوجت بصريا يطعمها المالح والطريا

قال (ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : إذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز) لأنه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل . ويجوز استقراضه وزنا ويجرى فيه ربا الفضل ، بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه . وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم وكثرته أو في سمته ونزله على اختلاف فصول السنة . وهذه الجاهالة مفضية إلى المنازعة . وفي مخلوع العظم لا يجوز على

في السلم الطرى إلا في حينه : يعنى أن يكون السلم مع شروطه في حينه كى لا ينقطع بين العقد والحلول ، وإن كان في بلد لا ينقطع جاز مطلقا وزنا لا عددا لما ذكرنا من التفاوت في آحاده . وعن أبي حنيفة في الكبار التي تقطع كما يقطع اللحم لا يجوز السلم في لحمها اعتبارا بالسلم في اللحم فإنه يمنع السلم في اللحم . وعن أبي يوسف منع السلم في الكبار وزنا مع إجازته في اللحم فإن هناك يمكن لإعلام موضع القطع الجنب أو الظهر أو الفخذ ولا يتأق في السلم ذلك . وطعن بعضهم على محمد في قوله في حينه لأن الاصطيد يشق في كل حين مدفوع . فإن الانقطاع عدم الوجود في بعض البلاد وفي بعض السنة وهو لا يستلزم عدم الاصطيد ليرد ما ذكره (قوله ولا خير في السلم في اللحم) وهذه العبارة تأكيد في نفي الجواز كقوله لاخير في استقراض الخبز ، وقول من قال إن المجتهد يقول فيما يستخرج من الحكم بالرأى تحزرا عن القطع في حكم الله تعالى بالرأى بعيد ، فكل الأحكام القياسية المظنونة معبر عنها في الفقه بلا يجوز كذا أو يجوز كذا ، وكلها من هذا القبيل لأنه قد استقر عند أهل العلم أنها مظنونات لا مقطوعات ، وأيضا المجتهد قاطع بأن حكم الله في حقه ذلك (وقالوا : إذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة) ككونه ذكرا ونخصيا وسمينا بعد أن بين نفسه من نحو الضأن وسنه ثنى ومن الفخذ الكتف أو الجنب مائة رطل . وفي الحقائق والعيون الفتوى على قولهما ، وهذا على الأصح من ثبوت الخلاف بينهم . وقد قيل لاختلاف ، فمنع أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وقولهما إذا بينا ما ذكرناه . ووجهه أنه موزون في عادة الناس مضبوط بما ذكرنا من الوصف . وقوله ولهذا يضمن بالمثل استدلال على كونه موزونا وكذا كونه مضمونا بالمثل جازر الاستقراض ، وما ذكرنا من العادة المستمرة فيه في سائر الأقطار قاطع فيه ، وما فيه من العظم غير مانع لأنه إذا سمى موضعا معلوما أنه فيه عظم كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم ، ولأنه ثابت بأصل الحلقة كالنوى في القرم ولذا جاز السلم في الألية مع أنها لا تخلو من عظم والسلم فيها وفي الشحم بالإجماع بخلاف لحم الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه (لأن عضو الطير صغير وهذا ظاهر في منعه مطلقا .

لأنه موزون لا يؤخذ بلغته : قال الإمام الزرنوجي : كفى بذلك حجة للفقهاء : قال (ولا خير في السلم في اللحم) خير نكرة وقعت في سياق النفي فتعبد في أنواع الخير بعمومه ، ومعناه لا يجوز على وجه المبالغة . قال أبو حنيفة : لا يجوز السلم في اللحم ، وقالوا : إذا وصف منه موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لكونه موزونا معلوما كسائر الموزونات ولهذا يجوز ضمانه بالمثل واستقراضه وزنا ويجرى فيه ربا الفضل . فإن قيل : لحم الطيور موزون ولا يجوز فيه السلم . أجاب بقوله لأنه لا يمكن وصف موضع منه ، وهذا يشير إلى أن عدم الجواز فيه متفق عليه ، وفي تعليقه تأمل لأنه إن لم يمكن وصف موضع منه فوصفه ممكن بأن يسلم في لحم الدجاج مثلا ببيان سمته ونزله وسنه ومقداره . ومن المشايخ من حل المذكور من لحم الطيور على طيور لا تقتنى ولا تحبس للتوالد فيكون البطلان يسب أنه أسلم في اللقطة والسلم في مثله غير جائز عنهم اتفاقا وإن ذكر الوزن ، فأما فيما يقتنى ويحبس للتوالد فيجوز عند الكل ، لأن ما يقع من التفاوت في اللحم بسبب العظم في الطيور تفاوت لا يعتبره الناس كعظم

الوجه الثاني وهو الأصح . والتضمنين بالمثل ممنوع . وكذا الاستقراض . وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة ، ولأن القبض يعاين فيعرف مثل المقبوض به في وقته ، أما الوصف فلا يكتفى به

وحاصل الكلام فيه أن ما لا يصطاد من الطيور لا يجوز السلم فيه ولا في لحمه ، وما صيد قبل هو على الخلاف عندهما يجوز ، وعنده لا يجوز . وقيل يجوز عند الكل لأن ما فيه من العظم لا يعتبره الناس وهو الصحيح . فيجب أن يكون يحمل ما في الكتاب من المنع مطلقا في مخلوع العظم . فإن العلة حينئذ ثابتة . ثم يجب أنه إذا أسلم في مائة رطل من لحم الدجاج مثلا أن يعين الموضع بعد كونه بعظم . فإن من الناس من لا يحب الصدر منها فيقول أوراكا أو غير الصدر أو ينص على صدرها وأوراكا . فإن أطلق فقال من لحم الدجاج السمين يجب أن لا يجوز للمنازعة بسبب ما ذكرنا لاختلاف أغراض الناس . ولأن حنيفة رضي الله عنه وجهان : أحدهما أنه يقع سلما في المجهول لتفاوت اللحم بقله العظم وكثرته . بخلاف لحم السمك فإن مضمونه من العظم قليل معلوم لإداره بين الناس . ولذا هو فرق بين لحم السمك وغيره . وقولهما إذا سمى موضعا كان تراضيا على قطعه بما تضمنه من العظم . قلت : للمشاهد في بيع اللحم حالا بعظمه جريان المعاكسة بين البائع والمشتري في العظم . حتى أن المشتري يستكره فيأمره بنزع بعضه والخزاري يسمه عليه . فكيف في المؤجل المستأخر التسليم ، وعلى هذا الوجه يجوز السلم في مخلوع العظم وهو رواية الحسن عنه . ثانيهما أنه يختلف بحسب الفصول سمنا وهزالا ، فلو سمى السمين قد يكون انتهاء الأجل في فصل الخزال . وحاصل هذا الوجه أنه سلم في المنقطع وعلى هذا لا يجوز في مخلوع العظم وهو رواية ابن شجاع عنه . قال المصنف (وهو الأصح) لأن الحكم الملل بعلمين مستقلين ثبت مع أحدهما كما ثبت معهما . وقولهما يضمن بالمثل ممنوع بما ذكر في باب الاستحقاق من الجامع الكبير فيمن غصب لحما فشواه ثم استحقه رجل لا يسقط ضمان الغصب وللغصب منه أن يضمنه قيمة اللحم . قيل ولا توجد رواية بأنه من فوات القيم إلا هنا من الجامع الكبير . لكن ذكر صاحب الفتاوى الصغرى أنه رأى وسط غصب المتني أن أبا يوسف روى عن أبي حنيفة : إذا استهلك لحما قال عليه قيمته ، وحل عبارة المصنف (أن القبض) أي قبض اللحم القرض (يعاين فيعرف مثله به) أي بالمقبوض . أما السلم فليس فيه مقبوض معين بل مجرد وصف فلا يكتفى به إلى آخر ما ذكرنا وكذا الاستقراض وزنا أيضا ممنوع بل ذاك مذهبا ، وبعد التسليم : أي تسليم أن ضمان اللحم بالمثل كما اختاره الإسيبياني أنه يضمن بالمثل إلا أن ينقطع من أيدي الناس ، وهو الوجه لأن جريان ربا الفضل فيه قاطع بأنه مثل فيفرق بين الضمان والسلم بأن المعادلة في الضمان منصوص عليها ، وتام المعادلة بالمثل لأنه مثل صورة ومعنى . فيه مخصصه معينه بل مجرد

السمك وإليه مال شيخ الإسلام ، وهذا يقوى وجه التأمل . ولأن حنيفة طريقان : أحدهما أن اللحم يشتمل على ما هو مقصود وعلى ما ليس بمقصود وهو العظم ، فيتفاوت ما هو المقصود بتفاوت ما ليس بمقصود ، ألا ترى أنه تجري المعاكسة بين البائع والمشتري في ذلك بالتدليس والزراع فكان المقصود مجبولا بجهالة تقضى إلى المنازعة ولا ترتفع ببيان الموضع والوزن ، وهذا يقتضى جوازه في مزوع العظم وهو غنار محمد بن شجاع . والثاني أن اللحم يشتمل على السمن والخزال ، ومقاصد الناس في ذلك مختلفة ، وذلك يختلف باختلاف فصول السنة وبقلة الكلال وكثرته والسلم لا يكون إلا موجلا ، ولا يدري أنه عند الجمل على أي صفة يكون ، وهذه الجهالة مفضية إلى النزاع ولا ترتفع بالوصف ، وهذا يقتضى عدم جوازه في مخلوع العظم وهذا هو الأصح (قوله) والتضمنين بالمثل) جواب عن قولهما ولهذا يضمن بالمثل بالمنع ، وبعد التسليم فالمثل أعدل من القيمة لأن فيه رعاية

قال (ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً) وقال الشافعي رحمه الله : يجوز حالا لإطلاق الحديث ورخص في السلم . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « إلى أجل معلوم » فيما رويناه ، ولأنه شرع رخصة دفعا لحاجة الغاليس فلا بد من الأجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم . في الأجل / روضة المسلم

أما القيمة فمثل معنى فقط لأن الموجب الأصل رد العين والمثل أقرب إلى العين ، بخلاف القيمة . وكذا بتقدير تسليم استقراضه . فالفرق بين السلم والقرض أن القبض في القرض معامين محسوس فأمكن اعتبار المقبوض ثانياً بالأول . أما السلم فلأنما يقع على الموصوف في النعمة وبالوصف عند العقد لا تعرف مطابقتها للموجود عند القبض كعرفة مطابقتها بعد رؤية المقبوض الموجب للمثل ، وهذا معنى قوله أما الوصف فلا يكتفى به : أى لا يكتفى بالوصف في معرفة الموافقة بين الموصوف والمقبوض كما هو بين المقبوض أولاً والمقبوض ثانياً . ولما أهدر الشارع في باب الربا كون الجوده فارقا ثبت الربا بين لحمي نوع متفاضلا وإن اختلف موضعهما كالحم فخذ مع لحم ضلع (قوله ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً) وهو مذهب مالك وأحمد رحمهما الله (وقال الشافعي رحمه الله : يجوز السلم الحال) بأن يقول مثلاً : أسلمت هذه العشرة في كرت حنطة صفتها كذا وكذا إلى آخر الشروط . وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر (لإطلاق النص) وهو قوله (ورخص في السلم) والظاهر أنهم لا يستدلون به لأنهم أهل حديث . وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء وإنما الوجه عندهم أنه لا دليل في اشتراط الأجل فوجب نفيه . وربما استدلوا على نفيه بأنه لو شرط الأجل لكان لتحصيل القدرة على التسليم التي هو شرط جواز العقد وهي ثابتة ، والظاهر من حال التعاقد أنه لا يلزم تسليم مالا يقدر عليه والقرض وجود المسلم فيه فيقدر عليه ،

الصورة والمعنى . والقبض يعاين : يعنى أن الاستقراض حال فيعرف حال مثل المقبوض ، ولا تنقضي الجهالة به إلى المنازعة ، والمسلم فيه يعرف بالوصف ولا ترتفع لجهالة فلا يكتفى به . قال (ولا يجوز السلم إلا مؤجلاً) السلم الحال لا يجوز عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله تعالى : استدلل بإطلاق رخص في السلم . لا يقال : مطلق فيحمل على المقيد وهو قوله عليه الصلاة والسلام « إلى أجل معلوم » لما ذكره . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » شرط لجواز السلم إعلام الأجل كما شرط إعلام القدر . فإن قيل : معناه من أراد سلماً مؤجلاً فليسلم إلى أجل معلوم وبه نقول ، والمحصّر ممنوع . وحيث لم يبق مقيدا فيحمل عليه المطلق ، والدليل على ذلك قوله « في كيل معلوم ووزن معلوم » فإنه لا يجوز اجتماع الكيل والوزن في شيء واحد فكان معناه في كيل معلوم إن كان كيلياً ووزن معلوم إن كان وزنياً ، فيقدر إلى أجل معلوم إن كان مؤجلاً . فالجواب أن قضية العقل كت مؤنة التمييز فلا حاجة إلى التقدير لأنه خلاف الأصل . سلمناه . ولكن لا يلزم من تحمل المخذور لضرورة تحمله لا لضرورة ، ولا ضرورة في التقدير في الأجل . لا يقال : العمل بالدليلين ضرورة فيتجهل التقدير لأجله ، لأن قوله رخص في السلم يدل على جوازه بطريق الرخصة وهي إنما تكون لضرورة ولا ضرورة في السلم الحال . على أن سوق الكلام لبيان شروط السلم لا لبيان الأجل فليتأمل . ولأن السلم شرع رخصة لنفع حاجة الغاليس إذ القياس عدم جواز بيع ما ليس عند الإنسان ، وما شرع لذلك

(قوله فيحمل على المقيد الخ) أقول : حل ما هو مذهب الشافعي (قوله لما ذكره) أقول : إشارة إلى ما يذكره في حين فإن قيل وجواب لقوله لا يقال مطلق فيحمل على المقيد (قوله لأن قوله رخص في السلم الخ) أقول : وأيضاً العمل بالدليلين يوجب حمل المطلق على المقيد على ما هو أصل المحصّر ، ثم قوله لأن قوله رخص الخ جواب لقوله لا يقال العمل بالدليلين .

ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص فبقى على النافي . قال (ولا يجوز إلا بأجل معلوم) لما روينا . ولأن الجاهالة فيه مفضية إلى المنازعة كما في البيع . والأجل أدناه شهر / هذا الثاني وهو قول صدره الله عليه
هو الشيخ حاريس محمد

ولو لم يكن قادرا حقيقة فقد ثبت قدرته بما دخل في يده من رأس المال ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال . بخلاف الكتابة الحالة فإن العبد يخرج بالكتابة من يد مولاه من غير أن يدخل في ملكه شيء فلا يصير قادرا على تسليم بدل الكتابة . وأما استدلالكم بقوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم منكم في شيء فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » فليس معناه الأمر بالتأجيل في السلم فيمنع الحال . بل معناه : من أسلم في مكيل فليسلم في مكيل معلوم أو في موزون فليسلم في موزون معلوم أو إلى أجل فليكن إلى أجل معلوم ، لأنه لو لم يكن كذلك لكان أيضا أمرا بأن يكون السلم في مكيل أو موزون فلم يميز للملود والمذروع لأن النسق في الفصول الثلاثة واحد ، ونحن نقول : لا شك أن أهل الإجماع قاطبة في إخراجه من ذلك الحكم العام للترخيص للمفاليس المحتاجين إلى نفقة عاجلة قادرين على البذل بقدرة آجلة فلا يتحقق محل الرخصة إلا مع ذكر الأجل فلا يجوز في غيره . وكونه قادرا حال العقد لم يتحقق للمبيع في حقه . ولما كان جوازه للحاجة وهي باطنة أنيط بأمر ظاهر كما هو المستعر في قواعد الشرع كالسفر المشقة ونحوه وهو ذكر الأجل فلم يلتفت بعد ذلك إلى كون المبيع معلوما من عند المسلم إليه حقيقة أو موجودا قادرا هو عليه ؛ فقول المصنف (ولو كان قادرا على التسليم لم يوجد المرخص) معناه لو لم يذكر الأجل . والله تعالى أعلم . وقولهم : الغرض في السلم الحال أقل منه في المؤجل بعد ما ذكرنا لا يفيد شيئا : أخفى بعد ما بينا من أن شرعيته لدفع حاجة المحتاج إلى المال العاجز عن العوض في الحال ، فإن الغرر قد يعمل فيه لتلك الحاجة وهي منتفية في السلم الحال (قوله والأجل أدناه شهر إلى آخره) في التحفة : لارواية عن أصحابنا رضوان الله عليهم في المبسوط في مقدار الأجل . واختلفت الروايات عنهم . والأصح ما روى عن محمد أنه مقدر بالشهر لأنه أدنى الأجل وأقصى العاجل . وقال الصدر الشهيد : الصحيح ما روى عن الكرخي أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه ، وهو جدير أن لا يصح لأنه لا ضابط محقق فيه ، وكذا ما عن الكرخي من رواية أخرى أنه ينظر إلى مقدار المسلم فيه وإلى عرف الناس في تأجيل مثله ، كل هنا تفتتح فيه المنازعات ، بخلاف المقدار المعين من الزمان . وفي الإيضاح : فإن قدرنا نصف يوم جاز ، وبعض أصحابنا قدروا بثلاثة أيام استدلالا بمدّة خيار الشرط وليس بصحيح لأن التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدّة ، فأما أدناه فغير مقدر انتهى . والتقدير بالثلاث يروى عن الشيخ أبي جعفر أحمد بن أبي عمران أستاذ الطحاوي . وصحح المصنف الأول لأنه مروى عن محمد ، ولأنه مأخوذ من مسألة الأيمن وهي ما إذا حاف ليقتضيه دينه عاجلا فقتضاه قبل تمام الشهر برّ في يمينه فكان مادون الشهر

لا بد وأن يثبت على وجه يتدفع به حاجة المفاليس وإلا لم يكن مفيدا لما شرع له ، والسلم الحال ليس كذلك ، لأن دفع الحاجة يعتمد الحاجة والمسلم إليه فيه إما أن يكون قادرا على التسليم في الحال أولا ، فإن كان الأول فلا حاجة فلا دفع فلا مرخص فبقى على النافي ، وإن كان الثاني فلا بد من الأجل ليحصل فيسلم واللا بد إلى النزاع المخرج للمفلس وعاد على موضوعه بالنقض . فإن قيل : لو كان شرعية السلم كما ذكرتم لما جاز من عنده أكرار حيلة . أجب بأن السلم لا يكون إلا بأدنى الثنتين وهو دليل على العلم ، وحقيقة أمر باطن لا تطلع عليه فأقيم السبب الظاهر الدال عليه مقامه وبني عليه هذه الرخصة كما في رخصة المسافر . قال (ولا يجوز إلا بأجل معلوم) إذا ثبت اشتراط الأجل في السلم لا بد من كونه معلوما بما روينا ، وبالمقول وهو أن الجاهالة مفضية إلى المنازعة كما

وقيل ثلاثة أيام ، وقيل أكثر من نصف يوم . والأول أصح (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه ولا بئر أعرج بعينه) معناه إذا لم يعرف مقداره لأنه تأخر فيه التسليم فربما يضع فيؤدى إلى المنازعة وقد مر من قبل ، ولا بد أن يكون المكيال مما لا يتقبض ولا ينسبط كالقصاص مثلا ، فإن كان مما يتكيس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز المنازعة إلا في قرب الماء للتعامل فيه ، كما روى عن أبي يوسف رحمه الله ، قال (ولا في طعام قرية بعينها) أو ثمرة نخلة بعينها لأنه قد يعثره آفة فلا يقدر على التسليم وإليه أشار

في حكم العاجل ، فالشهر وما فوقه أجل ، قالوا : وعليه الفتوى (قوله ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه وبئر أعرج بعينه) قال المصنف (معناه إذا كان لا يعرف مقداره) أما إذا عرف فيجوز لضبط المقدار لو تلف ذلك المكيال والذراع ، وإنما لا يجوز لما ذكرنا من احتمال هلاك ما قدر به فيتعذر الإيفاء . قال (وقد مر من قبل) يريد أول كتاب البيوع وهو قوله ويجوز البيع بإناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر بعينه ، إلى أن قال : بخلاف السلم إلى آخره . وقد روى عن أبي حنيفة أنه لا يجوز أيضا في بيع العين بالعين لأنه بيع ليس بمكايلا ولا بمجازفة ، وبيع الخطأ إنما يجوز على أحدهما . والصحيح الأول والحصر ممنوع ويتقذر التسليم فهذا بيع مجازفة ، ثم لا بد أن يكون المكيال مما لا يتقبض وينسبط كالقصاص (والحديد والخزف) (فإن كان مما يتكيس بالكبس كالزنبيل والغرارة لا يجوز المنازعة) عند التسليم (إلا في قرب الماء فيها روى عن أبي يوسف للتعامل فيه) فإنه أجازها . وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة من ماء النيل أو غير ذلك مثلا بهذه القرية وعينها جاز البيع ، ومقتضى القاعدة المذكورة أنه لا يجوز إذا عين هذه القرية ، والله أعلم ولكن بمقدارها . والزنبيل بالفتح بلا تشديد وبالكسر مشدد الباء ويقال زنبيل أيضا (قوله ولا في طعام قرية بعينها) كخطئة بلدة القهيمين والحلة ببلاد مصر (أو ثمرة نخلة بعينها) أو بستان بعينه (لأنه قد يعثره آفة فتتلف قدرة التسليم) قال المصنف (وإليه أشار رسول الله

في البيع ، فهذا يطالبه بمدة قريبة وذلك يؤديه في بعيدا . واختلف في أدنى الأجل فقبل أدناه شهر استدلالا بمسئلة كتاب الأيمان . حلف ليقضين دينه عاجلا فقبضاه قبل تمام الشهر بر في يمينه ، فإذا كان مادون الشهر في حكم العاجل كان الشهر وما فوقه في حكم الأجل ، وقيل ثلاثة أيام ، وهو ما ذكره أحمد بن أبي عمران البغدادى أسناده الطحاوى عن أصحابنا اعتبارا بخيار الشرط ، وليس بصحيح لأن الثلاثة ثم بيان أقصى المدة ، فأما أدناه فغير مقدر ، وقيل أكثر من نصف يوم لأن المصطلح ما كان مقبوضا في المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما في العادة أكثر من نصف يوم ، وبه قال أبو بكر الرازى ، والأول أصح لكونه مدة يمكن تحصيل المسلم فيه فيها ولما ذكرنا من كتاب الأيمان . قال (ولا يجوز السلم بمكيال رجل بعينه) لا يصح السلم بمكيال رجل بعينه ولا بئر أعرج بعينه إذا لم يعلم مقداره لأن التسليم في السلم متأخر فربما يضع المكيال أو الذراع فيفضى إلى المنازعة ، ويعلم من هذا أن المكيال إذا كان معلوم القدر والذراع كذلك أو باع بذلك الإناء المجهول القدر يدا بيد لا بأس بذلك لحصول الأمن من المنازعة ، وقد مر : يعنى في أول البيوع أن البيع يدا بيد بمكيال لا يعرف مقداره يجوز لأن لا يقبض يصعب فيه فيندر الهلاك ، لكن لا بد أن يكون المكيال مما لا يتقبض ولا ينسبط كما إذا كان من حديد أو خزف أو خشب أو نحوها ، أما إذا كان مما يتكيس بالكبس كالزنبيل يكسر الزاوى لأن فعليا يفتح الفاء ليس من أبنيتهم والجراب والغرارة فإنها لا يجوز لإنقضائه إلى المنازعة إلا أن أبا يوسف رحمه الله استحسن في قرب الماء وهو أن يشتري من سقاء كذا كذا قربة بهذه القرية من ماء للتعامل . قال (ولا في طعام قرية بعينها أو ثمرة نخلة بعينها) لأن انقطاعه عن أيدي الناس بعروض آفة موهم (فتتلف القدرة على التسليم)

عليه الصلاة والسلام حيث قال « أرأيت لو أذهب الله تعالى الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » لو كانت النسبة إلى قرية لبيان الصفة لأبأس به على ما قالوا كأنه شمراني ببخارى والبساخي بقرغانة .

صلى الله عليه وسلم بقوله « أرأيت لو ذهب ثمرة هذا البستان بم يستحل أحدكم مال أخيه » فإن معنى هذا أنه لا يستحق بهذا البيع ثمنًا إن لم يخرج هذا البستان شيئًا فكان في بيع ثمر هذا البستان غرر الانقراض فلا يصح . بخلاف ما إذا أسلم في حطة صعيدية أو شامية فإن احتمال أن لا ينبت في الإقليم برته شيء ضعيف فلا يبلغ الغرر المانع من الصحة فيجوز ، فهذا الحديث يفيد عدم صحة البيع سواء كان وروده في السلم أو في البيع مطلقا . والواقع أن معناه ورد في السلم وفي البيع ، أما في السلم فما قلناه من حديث أبي داود وابن ماجه في الذي أسلم في تلك الحديقة النخل فلم يطلع شيء فأراد المسلم إليه أن يمنع الثمن الذي كان أخذه وقال إنما النخل هذه السنة ، حيث قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « أنحن نخلك شيئا ؟ قال لا ، قال ، بم تستحل ماله ؟ » رد عليه ما أخذت منه « الحديث . وأما ما في مسلم عن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لو بعث من أخيك ثمرًا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ » فيصدق على كل من السلم والبيع ، ويمكن أن يكون دليلًا على أن هلاك المبيع يبطل البيع ويوجب رد الثمن فهو دليل هذه المسئلة أيضا . وفي الصحيحين عن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن لم يثمرها الله فبم يستحل أحدكم مال أخيه هذا ؟ » (فلو كانت نسبة الثمرة إلى قرية) معينة (لبيان الصفة) لالتعيين الخارج من أرضها بعينه (كالحشمراني والبساخي) ببخارى وهي قرية حطتها جيبة (بقرغانة لا أبأس به) ولأنه لا يراد خصوص الثابت هناك ، بل الإقليم ، ولا يتوهم انقطاع الحطة هناك لأنه إقام ، وكذا إذا قال من حطة هراة يريد هراة خراسان ولا يتوهم انقطاع طعام إقليم بكاله ، فالسلم فيه وفي طعام العراق والشام سواء ، وكذا في ديار مصر في قمح الصعيد . والذي في الخلاصة وذكر معناه في المجتبى وفي غيره : لو أسلم في حطة بخارى أو حطة سمرقند أو إسبيلجاب لا يجوز لتوهم انقطاعه . ولو أسلم في حطة هراة لا يجوز ، وفي ثوب هراة وذكر شروط السلم يجوز لأن حطتها يتوهم انقطاعها إذ الإضافة لتخصيص البقعة فيحصل السلم في موهوم الانقطاع ، بخلاف إضافة الثوب لأنها لبيان الجنس والنوع لا لتخصيص المكان ، ولذا لو أتى المسلم إليه في ثوب هروى بثوب نسج في غير ولاية هراة من جنس الهروى : يعنى من صفته ومؤنته يجرى رب السلم على قوله ، فظهر أن المانع والمقتضى العرف ، فإن تعورف كون النسبة لبيان الصفة فقط جاز وإلا فلا يبينه ما في الخلاصة قال : لو كان ذكر النسبة لالتعيين المكان كالحشمراني فإنه يذكر لبيان الجوده لا يفسد

أشار إلى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم حين مثل عن السلم في ثمر فلان « أما من ثمر حائط فلان فلا ، أرأيت لو أذهب الله الثمر بم يستحل أحدكم مال أخيه ؟ » ولا خفاء في كونه منه عليه الصلاة والسلام بيانًا بطريق التعليل لعدم الجواز في ثمر قرية بعينها . وقوله مال أخيه أراد به رأس المال : أى لو لم تحصل الثمرة فبأى طريق يحل رأس المال للمسلم إليه . ولو كان النسبة إلى قرية بعينها لبيان الصفة : أى لبيان أن صفة تلك الحطة التي هي المسلم فيه مثل صفة حطة تلك القرية معينة كالحشمراني ببخارى والبساخي بقرغانة جاز العقد ، فإن تعيين الحشمراني ليس باعتبار أن تكون الحطة منه ليس إلا ، بل باعتبار أن صفة الحطة مثلا مثل صفة حطة الحشمراني ، وعلى هذا ظهر الفرق بين ما إذا أسلم في حطة من حطة هراة وبين ما إذا أسلم في ثوب هروى في جواز الثاني دون الأول ، فإن نسبة الثوب إلى هراة لبيان جنس السلم فيه لا لتعيين المكان ، فإن الثوب الهروى ما ينسج على صفة معلومة

«ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رحمه الله إلا بسبع شرائط : جنس معلوم (كقولنا حنطة أو شعير (نوع معلوم) كقولنا سقية أو بخرية (وصفة معلومة) كقولنا جيد أو ردي (ومقدار معلوم) كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف وكذا وزنا (وأجل معلوم) والأصل فيه ما روينا والفقهاء فيه ما بينا (ومعرفة مقدار رأس المال إذا كان يتعلق العقد على مقداره) كالمكيل والموزون والمعدود » الحنطة ب

السلم ، وإن كان يتوهم انقطاع حنطة ذلك الموضع مثل الثوب بنجاز السلم وإلا لا ، أما السلم في الحنطة الصعيدية والعراقية والشامية فلا شك في جوازها . وفي شرح الطحاوي : لو أسلم في حنطة حديثة قبل حداثتها فالسلم باطل لأنها منقطعة في الحال . وكونها موجودة في وقت العقد إلى وقت المحل شرط لصحة السلم (قوله ولا يصح السلم عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا بسبع شرائط) تذكر في العقد . وأما عندهما فهي الخمس الأولى . ولا شك أن السلم شروطا غيرها ولكن لا يشترط لصحة السلم ذكرها في العقد بل وجودها . وشرائط جمع شرطية ؛ فقول بعضهم في بعض النسخ سبع وهو الأصح ليس كذلك بل سبعة على تقدير كون المعدود شرطا وسبع على تقديرها شرطية وكل وارد على اعتبار خاص ، والمعروف من النسخ ليس إلا المشهور سبع شرائط (جنس معلوم كحنطة شعير ونوع معلوم كسقية) وهي ما يسمى سبيحا (أو بخسية) وهي ما يسمى بالمطر ونسبت إلى البخس لأنها مبخوسة الحظ من الماء بالنسبة إلى السبح غالبا (وصفة معلومة كجيد ردي) وسط مشعر سالم من الشعير (ومقدار معلوم كذا كيلا بمكيال معلوم) فهذه أربعة تشترط في كل من رأس المال والسلم فيه فهي ثمانية بالتفصيل ، فإن ما يجوز كونه مسلما فيه يجوز كونه رأس السلم ولا يتعكس ، فإن التقود تكون رأس مال ولا سلم فيه (و) الخامس (أجل معلوم) والأصل فيه : أي في اشراط هذه الخمسة ما روينا : يعني قوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم منكم » الحديث . نص على شرطى القدر المعلوم والأجل المعلوم ، وثبت باقي الخمسة بالدلالة لظهور إرادة القبط المنافي للمنازعة . وقوله (والفقهاء فيه ما بينا) يعني قوله ولأن الجهالة مفضية إلى المنازعة (و) السادس (ذكر مقدار رأس المال إذا كان رأس المال يتعلق العقد على قدره) يعني تنقسم أجزاء المسلم فيه على أجزائه ، وهو أن يكون الثمن من المكيلات أو الموزونات أو المعدودات المتقاربة ، وهذا الشرط في قدره احترازا عما إذا كان ثوبا لأن الدراع وصف لا يتعلق العقد على مقداره ، وإعلام الوصف بعد الإشارة ليس بشرط ، ولهذا لو اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر تسلم له الزيادة ، ولو وجده تسعة لا يحيط عنه شيئا من الثمن ، والمسلم فسواء نسج على تلك الصفة بهراة أو غيرها يسمى هرويا . وإذا أتى المسلم إليه بثوب نسج على تلك الصفة في غير هراة أجبره رب السلم على القبول ، بخلاف الحنطة فإن حنطة هراة مانبقت بأرض هراة والناتب في غيرها لا ينسب إليها وإن كان بتلك الصفة فكان تعيينا للمكان وهو موهوم الانقطاع حتى لو كان لبیان الصفة عاد كالأول . قال (ولا يصح السلم عند أبي حنيفة إلا بسبع شرائط) صحة السلم موقوفة على وجود سبع شرائط عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما على خمسة ، فأما المتفق عليه فهو أن يكون في جنس معلوم حنطة أو غيرها ونوع معلوم سقية أو بخسية ، والبخرية خلاف السقي منسوب إلى البخس ، وهي الأرض التي تسقيها السماء لأنها مبخوسة الحظ من الماء ، وصفة معلومة جيدة أو رديئة ، ومقدار معلوم عشرين كرّا بمكيال معروف أو عشرين رطلا ، وأجل معلوم . والأصل في ذلك من المنقول ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم منكم » النخ ، ومن المعنى الفقهي ما بينا أن الجهالة فيه مفضية إلى النزاع ، فأما المختلف فيه (فعرفة مقدار رأس المال إن كان مما يتوقف على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود)

(وتسمية المكان الذى يوفيه فيه إذا كان له حل ومؤنة) وقالوا : لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا لا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد . فهاتان مستلتان . ولهما في الأولى أن المقصود يحصل بالإشارة فأشبهه الثمن والأجرة وصار كالثوب . ولأبي حنيفة أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس . فلم لم يعلم قدره لا يدري في كم بقى أو ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج إلى رد رأس المال . والموهوم في هذا العقد كالتحقق

فيه لا ينقسم على عدد الدرعان ليشترط إعلامه لأن الأوصاف لا يقابلها شيء فجهاالة قدر الدرعان لاتؤدى إلى جهالة المسلم فيه . وهنا المسلم فيه بمقابلة المقدرات فيؤدى إلى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد . وهذا شرط في المسلم فيه اتفاقا فصارت أحد عشر شرطا . والثاني عشر تسمية مكان الإيفاء وهو يخص المسلم فيه . والثالث عشر أن لا يشمل البدلين لإحدى علتى الربا لأن اتفاد أحدهما يحرم النساء وأن لا يكون فيه خيار الشرط . والرابع عشر أن يتعين المسلم فيه بالتعيين فلا يصح السلم في الدرهم والدنانير وتقدم . وفي الثبر رويان . والخامس عشر انعقاد الثمن على قول أبي حنيفة . كذا ذكر بسبب اشتراطه لأجل إعلام قدره (و) السابع (تسمية المكان الذى يوفيه فيه إذا كان للمسلم فيه حل ومؤنة) أى إذا كان نقله يحتاج إلى أجرة ونحوه لثقله (وقالوا : لا يحتاج إلى تسمية رأس المال إذا كان معينا) يقضيه دفعة (ولا إلى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد . فهاتان مستلتان) خلافتان بينه وبينهما (لهما في الأولى) ويقولهما قال مالك وأحمد والشافعى في قول إن المقصود من إعلام قدر رأس المال وهو التسليم بلا منازعة (يحصل بالإشارة) إلى العين الثمن للمعجل فأغنى عن إعلام قدره وصار كمن المبيع المعجل . والأجرة المعجلة في الإجارة والمضاربة إذا دفع إلى آخر دراهم معينة غير معلومة المقيدار مضاربة بالنصف فإنه جائز وكأس المال الذى لا ينقسم المسلم فيه عليه كالثوب والعبد فإنه لا يشترط فيه إعلام كمية ذراعانه بالاتفاق وله . ما روى عن ابن عمر أنه قال به ، وقول الفقهاء من الصجاجة مقدم على القياس . والقياس على المسلم فيه يجامع أنه عوض تناوله عقد السلم ، ولأن جهالة قدر المسلم فيه مانع اتفاقا وجهالة رأس المال مؤد إليه ،

وتسمية المكان الذى يوفيه فيه إذا كان له حل) يفتح الحاء (ومؤنة ومعناه ما له ثقل يحتاج في حمله إلى ظهر أو أجرة حمل ، فهذان شرطان لصحته عند أبي حنيفة ، وهو المروى عن ابن عمر رضى الله عنهما خلافا لهما . قالوا في المسئلة الأولى : إن المقصود يحصل بالإشارة فأشبهه الثمن والأجرة : يعنى إذا جعل المكيل أو الموزون ثمن المبيع أو أجرة في الإجارة وأشير إليهما جازوا إن لم يعرف مقدارهما ، فكذا ينبغي أن يكتفى بالإشارة في رأس المال بجامع كونه بدلا وصار كما إذا كان رأس المال ثوبا فإن الإشارة فيه تكن اتفاقا وإن لم يعرف ذراعانه . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس ، فلم لم يعلم قدره لا يدري في كم بقى ، وتحقيقه أن جهالة قدر رأس المال تستلزم جهالة المسلم فيه لأن المسلم إليه يتفق رأس المال شيئا فشيئا ، وربما يجد بعض ذلك زيوفا ولا يستبدله في مجلس الرد فيبطل العقد بقدر ما رده ، فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوما لا يعلم في كم انتقص السلم . أو في كم بقى وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق فكذا ما يستلزمها . وقوله (أو ربما) وجه آخر لفاسده ، وهو أن المسلم إليه (قد يعجز عن تحصيل المسلم فيه وليس لرب السلم حيثذ إلا رأس ماله) وإذا كان مجهول المقدار تغتفر ذلك . فإن قيل : ذلك أمر موهوم لا معتبر به فيما بيني على الرخص . أجاب المصنف رحمه الله بأن (الموهوم في هذا العقد كالتحقق)

لشرعه مع المنافي . بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأن النزع وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره .

وما يؤدى إلى الممتنع شرعاً ممتنع شرعاً . بيان تأديته إليه أنه ربما يتفق رأس المال كما يتفق المحتاجون فرمما يظهر فيه زيوف فيختار الاستبدال به ورده ، وقد يكون أكثر رأس المال زيوفاً فإنه إذا رده واستبدل بها في المجلس يفسد السلم عند أبي حنيفة لأنه لا يجوز الاستبدال في أكثر من النصف خلافاً لهما ، وقد لا يتفق الاستبدال بها في مجلس الرد فيفسخ العقد في مقدار ذلك ، فإذا لم يكن قدر المكمل معلوماً لم يدر في كم انتقص وفي كم بقى فيصير السلم فيه مجهول المقدار . وكذا لو استحق بعضه يلزم هذا أيضاً ، وهذا وإن كان موهوماً فالموهوم في هذا العقد له حكم المعلوم (لشرعه مع المنافي) وهو كون المبيع معلوماً فإن ما يشرع لذلك يكون ضعيفاً في الشرعية فيؤثر فيه توهم الفرر المذكور ، وهذا في الحقيقة تعاقب قوله صلى الله عليه وسلم (وأرأيت لو أذهب الله ثمرة هذا الحائط بم يستحل أحدكم مال أخيه؟) بخلاف ما إذا كان رأس المال ثوباً لأن النزع وصف فيه (وكذا لو اشتراه على أنه عشرة فإذا هو خمسة عشر كان كله له والمبيع لا يقابل الأوصاف فلا يتعلق العقد على قدره ، ولهذا لو ظهر الثوب أو الحيوان المجهول رأس مال مخفوقاً وسعى عدداً من الدرغان فيه فوجده المسلم إليه أنقص أو بعض أعضاء الحيوان تألفاً لا ينقص من المسلم فيه شيء ، بل المسلم إليه بالخيار إن شاء رضى به بكل المسلم فيه ، وإن شاء فسخ لفوات الوصف المرغوب فيه . واستشكل بأن هذا اعتبار لشبهة الشبهة أو أنزل منها فإن في وجود الزيف احتمالاً ، ثم اختيار الرد كذلك ، ثم عدم الاستبدال به في مجلس الرد فيه أيضاً ذلك ، والمعتبر الشبهة لا النازل كما أفاده الحديث فإن اعتبر فيه الشبهة لأغرض وهو احتمال أن يخرج الثمرة . أجبب تارة بأنها شبهة واحدة فإن الكل مبنى على وجود الزيف ، وتارة بأن السؤال فاسد لأن الشبهة ما يشبهه الثابت وليس بثابت كالنقد مع النسيئة ، وليس هذا كذلك وإنما اعتبر الموهوم بالنقص المذكور على أن طريق المنع ما انحصر في وجود الزيف بل ظهور استحقاق رأس المال كما ذكرنا أنه طريق ، وبما يدل على صحة اعتبار الموهوم في هذا العقد لإجماعنا على أنه لا يصح السلم بمكيال رجل

(لشرعه مع المنافي) إذ القياس يخالفه ؛ ألا ترى أنه لو أسلم بمكيال رجل بعينه لم يزل توهم هلاك ذلك المكيال وعوده إلى الجهة لا سيما على قول من اعتبر أدنى الأجل أكثر من نصف يوم . فإن قيل : في هذا اعتبار للنازل عن الشبهة لأن وجود بعض رأس المال زيوفاً شبهة لاحتمال أن لا يكون كذلك وبعد الوجود الدرد محتمل فقد لا يرد ، وبالعالم ترك الاستبدال في مجلس الرد أيضاً محتمل ، والمعتبر في دون النازل عنها : فالجواب ما تقدم أن المعنى من الموهوم هو ذلك ، وقيل بل هذه شبهة واحدة لأن كلا منهما مبنى على وجوده زيفاً والأول أظهر (قوله بخلاف الثوب) جواب عما قاساه عليه من الثوب . وتقريره أن الثوب لا يتعلق العقد على مقداره (لأن النزع) في الثوب العين (صفة) وإنما لو وجده زائداً على المسمى سلم له الزيادة مجاناً ، ولو وجده ناقصاً لم يحط شيئا من الثمن وقد تقدم ، وليس كلامنا في ذلك ، وإنما هو فيما يتعلق العقد على مقداره فكان قياساً مع الفارق ، ولم يجب عن الثمن والأجرة لأن دليله تضمن ذلك ، فإن البيع والإجارة لا يفسخان برد الثمن والأجرة وترك الاستبدال في مجلس الرد . ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال ما إذا أسلم مائة في كره حنطة وكر شعير ولم يبين رأس مال كل واحد منهما فإنه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن المائة تنقسم على الحنطة والشعير باعتبار القيمة وطريق معرفة الخبز فلا يكون مقدار رأس مال كل واحد منهما معلوماً . وعندما يجوز لأن الإشارة إلى العين تكفي لجواز العقد وقد وجدت ، أو أسلم خراهم ودنانير في كره حنطة وقد علم وزن أحدهما دون الآخر فإنه لا يجوز عنده لأن مقدار

ومن فروعه إذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال كل واحد منهما ، أو أسلم جنسين ولم يبين مقدار أحدهما : ولهما في الثانية أن مكان العقد يتعين بوجود العقد الموجب للتسليم ، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر فيه فيصير نظيره أول أوقات الإمكان في الأوامر فصار كالقرض والغصب .

بعينه لا يعرف مقداره لاحتمال هلاك هذا الكيل قبل الحلول . قال المصنف (ومن فروعه) أي من فروع الخلاف في معرفة قدر رأس المال (إذا أسلم في جنسين) ككثرة حنطة وكثرة شعير عشرة مثلاً (ولم يبين رأس مال كل منهما) من العشرة (أو أسلم جنسين) كدنانير ودرهم في جنس واحد كبير أو أسلم تمراً وحنطة معينين في كذا من من الزعفران (ولم يبين مقدار أحدهما) يعني عرف مقدار أحدهما دون الآخر لا يصح السلم لبطلان العقد في حصة ما لم يعلم قدره فيبطل في الآخر أيضاً لاتحاد الصنف أو (لجهالة حصة الآخر من المسلم فيه فيكون المسلم فيه مجهولاً . ولما في المسئلة الثانية) وهي اشتراط مكان التسليم فيما له مؤنة (أن مكان العقد يتعين) للإيفاء (لوجود العقد) فيه (الموجب للتسليم) ما لم يصرفه باشتراط مكان غيره . وحاصله أنه مقتضى عقد مطلق ، فلا يرد أنه لو كان مقتضى العقد لما صح اشتراط غيره . فإن تغير مقتضى العقد مردود أو هو مفسد على ما هو رواية عن أحمد رحمه الله ، وصار كاتصراه إلى غالب نقد البلد ما لم يسميا نقداً غيره فينصرف إليه ويلحق بالثمن فإن العقد يقتضيهما معا ، فلما اقتضى وجوب تسليم الثمن في مكان العقد وجب في الآخر كذلك وصار المكان كالأزمان الذي هو أول أوقات الإمكان حيث يتعين للوجوب لعدم الزاحم أو للأداء على قول الكرخي في الأمر المطلق ، وتقريره أن التسليم يحتاج إلى مكان وهذا المكان لا يزاحمه فيه غيره فيتمتعين كأول أوقات الإمكان ، ولجأنا أيضاً بالقرض والغصب والاستهلاك حيث يجب التسليم في مكان الغصب والقرض والاستهلاك . ويرد أن كون تعيين غير مكان العقد غير مفسد ينقض بما إذا اشترى كراً وشرط على البائع حمله إلى منزله فيفسد سواء اشتراه في المصر أو خارجه . أجب بالقرق بأن المشتري يملك العين بمجرد شرائها ، فإذا شرط حمله فقد شرط عملاً في ملكه مع الشراء ثم سمي الثمن في مقابلة ذلك كله فصار بائناً أجراً ومشترياً مستأجراً معا فهو صفقة في صفقة فيفسد . أما عقد السلم فلا يملك المشتري به العين لأن المعقود عليه دين لا عين ، فإذا يملك العين بالقبض بالنقل من مكان إلى آخر عمل من البائع في ملكه نفسه فلا يكون بائناً وأجراً . وأورد أيضاً في الفوائد الظهيرية عن محمد رحمه الله ما يدل على عدم تعيينه ، فإنه قال في رجل باع طعاماً والطعام في السواد إن كان المشتري يعلم مكانه فلا خيار له ، وإن لم يعلم

أحدهما إذا كان مجهولاً بطل العقد في حصته لعدم شرط الجواز في حصته فيبطل في حصة الآخر أيضاً لاتحاد الصنف أو لجهالة حصة الآخر ، وعندهما يجوز لوجود الإشارة . وقالوا في المسئلة الثانية : إن مكان العقد يتعين للإيفاء لأن العقد الموجب للتسليم وجد فيه ، وما كان كذلك يتعين كما في بيع حنطة بعينها فإن التسليم يجب في موضع العقد ، ولأنه لا يزاحمه مكان آخر لعدم ما يوجبه وما هو كذلك يتعين كأول أوقات الإمكان في الأوامر ، فإن الجزء الأول يتعين للسهولة لعدم ما يزاحمه ، وقد عرف في موضعه وصار كالقرض والغصب في تعيين مكانهما للتسليم : ونوقض بما إذا باع طعاماً وهو في السواد ، فإنه روى عن محمد رحمه الله أن المشتري إن كان يعلم مكان الطعام فلا خيار له ، وإن لم يعلم فله الخيار ، ولو تعين مكان البيع للتسليم لما كان له الخيار . وعورض بأن مكان

(قوله لأن العقد الموجب ، إلى قوله : ولأنه لا يزاحمه) أقول : والظاهر على أن المجموع دليل واحد للمضى ، إذ لا يمتزج أحدهما إلا بالآخر فليعبر .

ولأبي حنيفة رحمه الله أن التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين ، بخلاف القرض والغصب ، وإذا لم يتعين فالجهالة فيه تفضي إلى المنازعة . لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان ، وصار كجهالة الصفة .

فله الخيار . ولو تعين مكان البيع مكانا للتسليم لم يكن له الخيار ، ثم قيل : إنما يجوز البيع إذا كانت خوائ الخطة في بيت واحد ، فإن كانت في مصر وسواد فالبيع فاسد لإفضائه إلى المنازعة لأن المشتري يطالبه بالتسليم في أقرب الأماكن والبائع يسلمه إليه في الأبعد . وهذا كله دليل أن مكان البيع لا يتعين . أجاب بأنه إنما يتعين إذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لأنه في ذمة البائع وهو حاضر في مكان العقد فالمبيع حاضر بحضوره وفي بيع العين إذا كان (ولأبي حنيفة أن التسليم) في السلم (غير واجب في الحال فلا يتعين) مكان العقد (بخلاف القرض والغصب) فإن التسليم فيهما واجب في الحال فيتعين مكان سبب الوجوب في الحال ، وكذا اندفع قياسه على رأس مال السلم فإنه يجب تسليمه في الحال وتضمن منع ما قالا من أن وجود العقد الموجب للتسليم يوجب تعيين مكانه ، بل العقد يوجب التسليم فقط إلا إن اقتضى أمرا آخر تعيين مكانه (فإذا لم يتعين فالجهالة تفضي إلى المنازعة . لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن فلا بد من البيان) فدعا للمنازعة لأن المبيع يطالبه بالتسليم في مكان يسقط عنه فيه مؤنة الحمل وترفع قيمته والمسلم إليه على عكسه ، وبخلاف رأس المال لأن تسليمه واجب للحال فافترقا ، وإلحاقه بالأمر في تعين أول الأوقات بلا جامع ، لكن لا ينبغي أن قوله التسليم غير واجب للحال فلا يتعين مكان العقد مما يرد عليه المنع إذ لا ملازمة تظهر ، وما المانع من تعينه مع تأخر التسليم حتى إذا حل الأجل وجب تسليمه في ذلك المكان ، فالأولى أن يقتصر على منع تعيين العقد المكان وإلحاقها بالاستهلاك والقرض ظهر الفارق بينهما وبين السلم وباتمن في العين محل النزاع ، لأن أبا حنيفة في الصحيح عنه يرى أنه لا يتعين أيضا إذا كان موجلا ، وأنه يجب تعيينه أيضا كما سيذكره المصنف ورأس مال السلم يمنع فيه حكم الأصل ، فإذا لم يتعين مكان

العقد لو تعين لبطل العقد ببيان مكان آخر كما في بيع العين ، فإن من اشترى كراخنة وشرط على البائع الحمل إلى منزله يفسد عقده اشتراها في مصر أو خارجه بجنسه أو بخلاف جنسه . والجواب عن النقض أن مكان البيع يتعين للتسليم إذا كان المبيع حاضرا والمبيع في السلم حاضر لأنه في ذمة المسلم إليه وهو حاضر في مكان العقد فيكون المبيع حاضرا بحضوره ، وفيه نظر لأن فيه قبلا لم يذكر في التعليل ومثله بعد انقطاعا . وعن المعارضة بأن التعيين بالدلالة ، فإذا جاء بصريح يخالفها يبطلها ، وإنما فسد في بيع العين لأنه قابل الثمن بالمبيع والحمل فتصير صفقة في صفقة . ولأبي حنيفة رحمه الله أن السلم تسليمه غير واجب في الحال لا اشتراط الأجل ، والاتفاق ، وكل ما هو تسليمه غير واجب في الحال لا يتعين مكان العقد فيه للتسليم لأن موضع الالتزام إنما يتعين للتسليم بسبب يستحق فيه التسليم بنفس الالتزام ليكون الحكم ثابتا على طبق سببه والسالم لا يستحق تسليمه بنفس الالتزام لكونه موجلا ، بخلاف القرض والغصب والاستهلاك فإن تسليمها يستحق بنفس الالتزام فيتعين موضعه . قال أبو حنيفة : رأيت لو عقدا عقد السلم في السقينة في لجة البحر أكان يتعين موضع العقد للتسليم عند حلول الأجل ، هذا مما لا يقوله عاقل : وإذا ثبت أن مكان العقد لم يتعين للإبقاء في مكان الإبقاء مجهولا جهالة تفضي إلى المنازعة لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف الأماكن ورب السلم يطالبه في موضع يكثر فيه السلم والمسلم إليه يسلمه في خلاف ذلك فصار

(قوله قال رأيت لو عقدا عقد السلم الخ) أقول : ناظر إلى قوله (ولأبي حنيفة يني قال ولأبي حنيفة رأيت الخ) .

وعن هذا قال من قال من المشايخ رحمهم الله إن الاختلاف فيه عنده بوجوب التخالف كما في الصفة. وقيل على عكسه لأن تعيين المكان قضية العقد عندهما . وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة ، وصورتها إذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة . وقيل لا يشترط ذلك في الثمن . والصحيح أنه يشترط إذا كان موجلا ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله . وعندهما يتعين مكان الدار ومكان تسليم الدابة للإيفاء . قال (١) وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع)

العقد لتسليم رأس مال السلم بل أن يقبضه قبل الافتراق لنفي الكالي بالكالي . فلو عقدا السلم ومشيا فريحا ثم سلمه إليه قبل أن يفارقه جاز . وقولهم الموجب للتسليم وجد فيه . قلنا : نعم ولا يستلزم الموجب في مكان أن يوجب مقتضاه ذلك المكان فإنه ملازمة عقلية في ذلك لأنه يجوز أن يوجد في مكان وأثره الإيجاب مطلقا فلا تثبت هذه الملازمة إلا سمعا (قوله وعن هذا) أي كون المكان يوجب اختلاف القيمة قال من قال من المشايخ : إن الاختلاف فيه بوجوب التحالف عنده ، كما لو اختلفا في صفة الثمن أو الثمن فإن اختلاف الصفة يوجب اختلاف القيمة . فهو كما إذا اختلفا في وجوده ورداعته . وقيل على عكسه : أي لا يوجب التحالف عنده بل القول قول المسلم إليه ، لأن تعيين المكان ليس قضية العقد عنده . وعندهما يتحالفان لأن تعيين المكان كما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من مقتضيات العقد والاختلاف فيها يوجب التحالف فلا اختلاف فيه بوجوب التحالف بالإجماع فكذلك هنا قال (وعلى هذا الاختلاف الثمن) في البيع الناجز إذا كان له مؤنة حمل وهو مؤجل في بيع العين (والأجرة) بأن استأجر دارا مثلا بما له حمل ومؤنة وهو مؤجل عنده يشترط بيان مكان تسليمها وعندهما لا (والقسمة) فيما إذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب أحدهما شيئا له حمل ومؤنة . وقيل لا يشترط ذلك في الثمن بالإجماع (والصحيح أنه يشترط) عنده (إذا كان موجلا وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي . وعندهما يتعين مكان الدار) في القسمة (ومكان تسليم الدابة) في الإجارة (للإيفاء) (قوله وما لم يكن له حمل ومؤنة)

(١) كجهالة الصفة في اختلاف القيم باختلافها فلا بد من البيان (وعن هذا) أي عما ذكرنا أن جهالة المكان كجهالة الوصف (قال : من قال من المشايخ إن الاختلاف في المكان يوجب التحالف) عنده كالاختلاف في البهودة والرداءة في أحد البديلين (وقيل على عكسه) أي لا يوجب التحالف عنده بل القول للمسلم إليه . وعندهما يوجب لأن تعيين المكان قضية العقد : أي مقتضاه عندهما فكان الاختلاف في المكان كالاختلاف في نفس العقد . وعنده لما لم يكن من مقتضياته صار بمنزلة الأجل ، والاختلاف فيه لا يوجب التحالف ، وعلى هذا الخلاف الثمن والأجرة والقسمة . وصورة الثمن : اشترى شيئا بمكيل أو موزون موصوف في النعمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده ، وعندهما لا يشترط ويتعين مكان العقد . وقيل إنه لا يشترط بالاتفاق ، والأول أصح (وهو اختيار شمس الأئمة) لأن الثمن مثل الأجرة وهي منصوب عليها في كتاب الإجازات . وصورة الأجرة : استأجر دارا أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في النعمة يشترط بيان مكان الإيفاء عنده خلافا لهما ويتعين في إجارة الدار مكانها ، وفي الدابة تسليم في مكان تسليمها . وصورة القسمة : اقتسما دارا وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه والترم في مقابلة الزائد مكيلا أو موزونا موصوفا في النعمة يشترط عنده بيان مكان الإيفاء خلافا لهما ويتعين مكان القسمة . قال (وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه إلى بيان مكان الإيفاء الخ) وقد تقدم بيان ما له حمل ومؤنة فيعلم من ذلك ما لم يكن له حمل ومؤنة . وقيل ما لم يكن له حمل ومؤنة هو الذي لو أمر إنسانا بحمله إلى مجلس القضاء حله بمجانا .

لأنه لا تختلف قيمته (ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه) قال رضي الله عنه: وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع . وذكر في الإجازات أنه يوفيه في أي مكان شاء ، وهو الأصح لأن الأماكن كلها سواء ، ولا وجوب في الحال . ولو عينا مكانا ، قيل لا يتعين لأنه لا يفيد ، وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق ، ولو عين المصر فيها له حمل ومؤنة يكتفي به لأنه مع تباین أطرافه كبقعة واحدة فيها ذكرنا .

كالمسك والكافور والزعفران وصغار اللؤلؤ : يعني القليل منه وإلا فقد يسلم في أمنان من الزعفران كثيرة تبلغ أمالا ، وكذا المسك وصغار اللؤلؤ لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء عندهم وهو الأصح من قول الشافعي (ويوفيه في المكان الذي أسلمه فيه) وكلما قلنا يتعين مكان العقد معناه إذا كان مما يتأق التسمام فيه ومالا بأن أسلم إليه درهما في مركب في البحر أو جبل فإنه يجب في أقرب الأماكن التي يمكن فيها منه . قال المصنف (وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع) يعني من أصل المبسوط ، وذكر في الإجازات من أصل المبسوط (يوفيه في أي مكان شاء ، وهو الأصح) والأصح من قول الشافعي أيضا (لأن الأماكن كلها سواء) إذ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيها لأجل له ولا مؤنة ، بل بيزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها ، بخلاف ماله مؤنة فإن الخطة والحطب يوجد في المصر والسواد ثم يشتري في المصر بأكثر مما يشتري في السواد (ولو عينا مكانا ، قيل لا يتعين لأنه لا يفيد) والشرط الذي لا يفيد لا يجوز (وقيل يتعين لأنه يفيد سقوط خطر الطريق) وهو الأصح ، وبه قال الشافعي وأحمد ، ذكره في التحفة (ثم لو عينا المصر فيها له حمل ومؤنة يكتفي به لأنه مع تباین أطرافه كبقعة واحدة فيها ذكرنا) يعني أن القيمة لا تختلف باختلاف المصر الواحد عادة . قيل هذا إذا لم يكن المصر عظيما ، فلو كان بين جوانبه مخوفرسخ لا يجوز إلا أن بين لأنه مفض إلى المنازعة ، ذكره في المحيط . ولو شرط أن يوفيه في مكان يجعله إلى منزله لا خيره فيه . ولو شرط الحمل إلى منزله ابتداء قيل يجوز استحسانا . وروى البلخي عن أصحابنا أنه لا يجوز السلم . وقيل إنما لا يجوز قياسا إذا شرط الإيفاء في موضع ثم الحمل إلى منزله . أما لو شرط الإيفاء في منزله فيجوز قياسا واستحسانا . وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه إلى منزله والعقد في مصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا ، وعند محمد لا يجوز ، هذا إذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة ، فإن كان لا يجوز البيع . ولو اشترى طعاما بطعام من جنسه وشرط أحدهما التوفية إلى منزله لم يميز بالإجماع كيفما كان ، ولو شرط أن يوفيه في مكان كذا فسلمه في غيره ودفع الكراء إلى الموضع المشروط صار قابضا ، ولا يجوز

وقيل هو ما يمكن رفعه بيد واحدة : وافقوا على أن بيان مكان الإيفاء فيه ليس بشرط لصحة السلم لعدم اختلاف القيمة ، ولكن هل يتعين مكان العقد للإيفاء ؟ فيه روايتان (في رواية الجامع الصغير وبيوع الأصل) يتعين لأنه موضع الالتزام فيرجع على غيره وذكر في الإجازات (يوفيه في أي مكان شاء وهو الأصح ، لأن الأماكن كلها سواء) إذ المالية لا تختلف باختلاف الأماكن فيه (قوله ولا وجوب في الحال) جواب عما يقال يجوز أن يتعين مؤن العقد ضرورة وجوب التسليم فقال التسليم في الحال ليس بواجب ليعتبر باعتباره ، فلو عين مكانا قيل لا يتعين لأنه لا يفيد حيث لا يلزم نقله مؤنة ، ولا تختلف ماليته باختلاف الأمكنة : وقيل يتعين وهو الأصح لأنه يفيد رب السلم سقوط خطر الطريق ، ولو عين المصر فيها له حمل ومؤنة يكتفي به لأن المصر مع تباین أطرافه

(قال المصنف : لا تختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي أسلم فيه) أقول : هذا لا يلزم لما ذكره أبو حنيفة في تحليل المسئلة الثانية فتأمل .

قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه فيه) أما إذا كان من النقود فلا لأنه افتراق عن دينين ، وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن الكالي بالكالي ، وإن كان عينا ، فلأن السلم أخذ عاجل بآجل ، إذ الإسلام والإسلاف يثبتان عن التعجيل فلا بد من قبض أحد العوضين ليتحقق معنى الاسم - ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم إليه فيه فيفقد على التسليم ، ولهذا قلنا : لا يصح السلم إذا كان فيه خيار

أخذ الكراء وإن شاء رده إليه ليسلمه في المكان المشروط لأنه حقه (قوله ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل أن يفارقه) بدنا تحقيقه أن قبض رأس المال قبل الافتراق شرط بقاء العقد على الصحة (أما إذا كان رأس المال من النقود فلا أنه) لو لم يقبض (افتراقا عن دينين) لأنها لاتعين فلا يقع العقد إلا على دين في اللنة فيقع بدفع العين المقاصة عنه (وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي) أي النسيئة بالنسيئة ، إلا أن مالكا رحمه الله يميز التأخير ويقول : إذا لم يشترط التأجيل لا يجره إلى الدين عرفا ، ويقولنا قال الشافعي وأحمد (وإن كان عينا) ففي القياس لا يشترط تعجيله لأن عدم تسليمه لا يؤدي إلى بيع دين بدين بل بيع عين بدين . وفي الاستحسان يشترط إعلاما لمقتضى الاسم الشرعي ، لأن الإسلام والإسلاف في كذا يثبت عن تعجيل المسلم دون الآخر لأن وضعها في الأصل لأخذ عاجل بآجل والشرع قرره كذلك فيجب أن يثبت على اعتبار المعنى الذي اعتبر فيها لو فرضنا فرضا أنها صارت إعلاما فأصل الوضع كاف باعتبار ما اعتبر في معناها من الأحكام فازم التعجيل (ولأنه لا بد من تسليمه ليتقلب فيه المسلم) إليه إذ القرض إفلاسه وحاجته إلى العقد لإفلاسه فيقلب فيه ليفقد على تحصيل المسلم فيه إلى الأجل (و) لهذا : أي لاشتراط التسليم (قلنا : لا يصح السلم إذا كان فيه خيار

كبينة واحدة فيما ذكرنا من أنه لا يختلف قيمته باختلاف الحلة . وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم واليمن والأجرة والتسمة . وقيل هذا إذا لم يكن المصير عظيما ، فلو كان بين نواحيه مثل فرسخ ولم يبين ناحية منه لم يميز لأن فيه جهالة مفضية إلى المنازعة . قال (ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال) معناه أن السلم لا يثبت صحيحا بعد وقوعه على الصحة إذا لم يقبض رأس المال في مكان العقد قبل أن يفارق كل واحد من المتعاقدين صاحبه بدنا لا مكانا ، حتى لو مشيا فرسخا قبل القبض لم يفسخ ما لم يفرقا عن غير قبض ، فإذا افترقا كذلك فسد ، أما إذا كان رأس المال من النقود فلا لأنه افتراق عن دينين ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الكالي بالكالي : أي النسيئة بالنسيئة وإن كان عينا ، فلأن السلم أخذ عاجل بآجل ، إذ الإسلام والإسلاف يثبتان عن التعجيل ، والمسلم فيه آجل فوجب أن يكون رأس المال عاجلا ليكون الحكم ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والتكفالة والحالة فلأنها عقود ثبتت أحكامها بمقتضيات أهمائها لغة ، وهذا وجه الاستحسان ، وإلغيا جوازه ، لأن العروض تتعين في العقود فترك شرط التعجيل لم يؤد إلى بيع الدين بالدين ، بخلاف الدرهم ، ولأنه لا بد من تسليم رأس المال ليتقلب : أي ليتصرف المسلم إليه فيه فيفقد على التسليم (ولهذا) أي لاشتراط القبض (قلنا لا يصح السلم إذا كان فيه خيار الشرط لهما أو لأحدهما ،

(قوله وقيل فيما ذكرنا من المسائل وهي السلم واليمن والأجرة والتسمة) أقول : لا يثبت عليك بعد هذا القيل (قوله فإذا افترقا كذلك) أقول : يعني إذا افترقا عن غير قبض (قوله وهذا وجه الاستحسان) أقول : أشار بقوله هذا إلى قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل (قوله وإلغيا جوازه إلخ) أقول : إذا كان رأس المال عينا (قال المصنف : ولأنه لا بد من تسليم رأس المال) أقول : في دالة هذا على وجوب القبض قبل المفارقة كلام كالإثبات . ثم أعلم أن قوله ولأنه لا بد من البيع في قول الشارع مسطور على قوله فلأن السلم أخذ عاجل بآجل

الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم ، وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لأنه غير مفيد . بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض :

الشرط لهما أو لأحدهما لأنه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم) الذي هو الملك ، وهذا على قول أبي حنيفة ظاهر . فإنه وإن خرج البذل عن ملك من لم يكن له خيار لم يدخل في ملك الآخر ، وعلى قولهما هو ملك منزول فإنه بعرضية أن يفسخ من له الخيار فلا يتم القبض لأن تمامه مبنى على تمام الملك في المقبوض ، وهذا بخلاف الاستحقاق فإن رأس المال إذا ظهر مستحقا لم يمنع استحقاقه من تمام قبضه لجواز إجازة المالك حتى لو أجاز قبضه صح العقد وإن كان الاستحقاق يمنع الملك لأن منعه الملك ليس بقضية السبب . بل السبب وجد مطلقا لمانع فيه سوى تعلق حق الغير وجزاز أن يميز ذلك الغير ، فإذا أجاز التحقت الإجازة بحالة العقد ، بخلاف خيار الشرط فإن عدم الملك قضية السبب نفسه ويجعله في حق الحكم كالمعلق بشرط سقوط الخيار وكان تأثيره أكثر من تأثير عدم القبض فكان أولى بالإبطال من عدم القبض ، وهذا لأن المعلق بالشرط معدوم قبله فلا حكم أصلا وهو الملك فلا قبض . ولذا قلنا إن إعتاق المشتري لا يصح ولا يتوقف إذا كان في البيع خيار للبائع وإعتاق المشتري من الفضولي يتوقف (وكذا لا يثبت فيه) أى في السلم (خيار رؤية) بالإجماع (لأنه غير مفيد) إذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين في اللزمة ، فإذا رد المقبوض عاد ديننا كما كان لأنه لم يرد عين ماتناوله العقد قد ينفسخ العقد برده بل يعود حقه في مثله . ولأن إعلام الدين ليس إلا بذكر الصفة فقام ذكر الصفة مقام العين فلا يتصور خيار رؤية . ذكره في الكافي . ولا يشكل بالاستصناع فإنه دين في ذمة الصانع ويمر في خيار الرؤية : يعنى إذا رد ما بأتى به ينفسخ لأننا لانسلم أن المبيع فيه الدين في ذمة الصانع بل العين كما سياتى ، وأما خيار الرؤية في رأس المال فمصحح لأنه لا يمنع ثبوت الملك ذكره في التحفة ، وهذا إذا كان عينا مثليا أو قيميا (بخلاف خيار العيب) في المسلم فيه فإنه يصح (لأنه لا يمنع تمام القبض) لأن تمامه بتمام الصفة

لأن خيار الشرط يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم) وهو ثبوت الملك والقبض مبنى عليه . وما كان مانعا من المبنى عليه فهو مانع عن المبنى ، وكذا لا يثبت في السلم خيار الرؤية لكونه غير مفيد لأن فائدته الفسخ عند الرؤية والواجب بعقد السلم الدين وما أخذه عين ، فلور المأخوذ عاد إلى ما في ذمته فيثبت الخيار فيها أخذه ثانيا وثالثا إلى ما لا يتناهى . فلذا لم يفد فائدته لا يجوز إثباته وفي بيع العين يفيد فائدته لأن العقد ينفسخ عند الرؤية إذا رد المبيع لأنه رد عين ماتناوله العقد فيفسخ . قيل فيه إشكالان : أحدهما أن الضمير في قوله فيه إما أن يراد به رأس المال أو المسلم فيه ، لاسبيل إلى الأول لأن خيار الرؤية ثابت في رأس المال ، صرح به في التحفة وقال : لا يفسد به السلم ، ولا إلى الثاني لانقضاء التقريب لأنه في بيان اشتراط قبض رأس المال قبل الافتراق ، وثبوت الخيار في المسلم فيه وعلمه لا مدخل له في ذلك فكان أجنبيا . والثاني أن المبيع في الاستصناع دين ومع ذلك المستصنع خيار الرؤية : والجواب عن الأول أنه يعود للمسلم فيه وذكره استطرادا ، ويمحوز أن يعود إلى رأس المال وهو إن كان دين في اللزمة يتسلسل ولا يفيد ، وإن كان عينا وجب أن لا يفيد لإفضائه إلى التهمة . وعن الثاني أننا لانسلم أن المعقود عليه في الاستصناع دين بل هو عين على ما سبق في الاستصناع ، بخلاف خيار العيب لأنه لا يمنع تمام القبض لأن تمامه بتمام الصفة

(قوله لأن خيار الشرط يمنع ، إل قوله : والقبض مبنى عليه إلخ) أقول : فيه أنه يحتج بكون مانعا عن القبض نفسه لا عن تمامه (قوله أحدهما أن الضمير في قوله فيه) أقول : حيث قال : وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية (قوله ويمحوز أن يعود إلى قوله التهمة) أقول : فيه بحث .

ولو أسقط خيار الشرط قبل الافراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر . وقد مر نظيره (وجملة الشروط جمعوها في قولهم إعلام رأس المال وتعجيله وإعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الإيفاء والقدرة على تحصيله : فإن أسلم مائتي درهم في كره حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالمسلم في حصة الدين باطل لقوات القبض ويجوز في حصة النقد) لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ ، إذ السليم وقع صحيحا . ولهذا لو نقد رأس

وتمامهما بتمام الرضا وهو تمام وقت العقد قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافراق ورأس مال السلم قائم جاز (السلم (خلافا لزفر) وإنما قيد بقيام رأس المال لأنهما لو أسقطاه بعد إنفاقه أو استبلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لأنه بالإهلاك صار ديناً في ذمة المسلم إليه . فلو صح كان برأس مال هو دين . وذلك لا يجوز كما لا يجوز في ابتداء العقد . ولأنه الآن في معنى الابتداء . إذ قبل الإسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا . وقول الشافعي ومالك يقول زفر (وقد مر نظيره) في باب البيع الفاسد . وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل حلوله ينقلب جائزا عندنا خلافا لله . قال المصنف رحمه الله (وجملة الشروط جمعوها إلى آخره) فإعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله ثم حصة ، ومن صفته أن يذكر من النقد الثلثي إذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج كقولنا عدلية أو غطريفية ، فإن لم تختلف وتساوت روجا يعطيه من أيها شاء ، ولو تفاوتت روجا انصرف إلى غالب نقد البلد كما في البيع ، وينبغي في ديواننا إذا سمي مؤبدية يعطيه الأشرية والخمسية لتعارف تسمية الكل مؤبدية ، والاستواء في المالية والرواج وإعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الإيفاء بتم أحد عشر ، وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع . فإن القدرة بالفعل في الحال ليس هو شرطا عندنا ، ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وإفلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قلناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وأن لا يكون حيوانا ، وانتقاد رأس المال إذا كان نقدا عند أي حنيفة خلافا لهما ، وأن لا يشمل البدلين إحدى على الربا وعدم الخيار ، فظهر أن قوله (وجملة الشروط لم يتم) ثم فرغ على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كره حنطة (منها مائة دين على المسلم إليه ونقده مائة أن السلم في حصة الدين باطل لقوات قبضه ولا يشيع الفساد) في الكل خلافا لزفر رحمه الله . وجه قوله أنه فساد قوي لتمكنه في صلب العقد . وأيضا فقد جعل قبول العقد في صحة الدين شرطا لقبوله في صحة النقد

وتمامهما بتمام الرضا وهو موجود وقت العقد (ولو أسقط) رب السلم (خيار الشرط قبل الافراق) فلا ينحل إما أن يكون رأس المال قائما أولا ، فإن كان الثاني لم يصبح العقد بالإسقاط لأن ابتداءه برأس مال هو دين لا يجوز فكذا إتمامه بإسقاط الخيار ، وفيه نظر فإن البقاء أسهل من الابتداء . والجواب أنه اتفاق فالتشكيك فيه غير مسموع . وإن كان الأول جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره ، وهو ما إذا باع إلى أجل مجهول ثم أسقط الأجل قبل الحلول فإنه ينقلب جائزا عندنا خلافا لزفر . قال (وجملة الشروط جمعوها) (جمع الماشيخ جملة شروط السلم في إعلام رأس المال وهو مشتمل على بيان جنسه ونوعه وقدره وصفته وفي تعجيله ، والمراد به التسليم قبل الافراق كما تقدم ، وفي إعلام المسلم فيه وهو يشتمل على بيان الجنس والنوع والصفة والقدرة ، وفي تأجيله : يعني إلى أجل معلوم ، وقد تقدم بيان مقداره ، وفي بيان مكان الإيفاء كما مر ، وفي القدرة على تحصيله وهو أن لا ينقطع كما بينا) (فإن أسلم مائتي درهم في كره حنطة مائة منها دين على المسلم إليه ومائة نقد فالمسلم في حصة الدين باطل) سواء أطلق المائتين ابتداء أو أضاف العقد في إحداها إلى الدين لقوات القبض . ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ،

المال قبل الافتراق صح إلا أنه يبطل بالافتراق لما بينا . وهذا لأن الدين لا يتعين في البيع ، ألا ترى أنها لو تابعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع فيعتقد صحيحا .

فهذا شرط فاسد . ولنا أن الفساد طارئ . فلا يشيع في غير محل الفساد ، أما إن أضاف العقد إلى مائتين مطلقا بأن قال أسلمت إليك مائتين في كذا ثم جعل إحدهما الدين فظاهر ، وأما إن أضاف إلى الدين والعين جميعا بأن قال أسلمت مائة الدين وهذه المائة في كذا فكذا ، وإن قيل يفسد في الكل عند أبي حنيفة لما ذكرنا من اشتراط القبول في حصة الدين . والصحيح أن الجواب فيها عدم الفساد عنده لأن العقد لا يتقيد بالدين ، ولو قيد به بدليل : من اشترى عبدا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل إلا إذا كان يعلمان عدم الدين فيفسد لأمر آخر وهو أنها حينئذ هازلان بالبيع حيث عقدا بيعا بلا ثمن . بخلاف ما لو كانت المائة على ثالث فإنه يشيع الفساد ، ولذا قيد المصنف كون المائة ديناً على المسلم إليه لأن المائة على الأجنبي ليست مالا في حقهما ، وحين لم يتقيد بالدين لم يمتنع الفساد بمجرد ذكر ذلك ، بل بالافتراق بلا قبض تلك المائة . ولهذا لو نقض المائة قبل الافتراق صح السلم وحينئذ لم يلزم قوله بجعل القبول في الفاسد شرطاً إلى آخره إذ لم يلزم الفساد بالإضافة لفظاً إلى الدين وكان الفساد طارئاً بلا شبهة . وقال في المنظومة :

إن كان رأس المال نوعين نقد وهذا ودين ذاك فالكل فسد
إن لم يبين قسط ذا وقسط ذا والبر في الشعر والثرث كذا

فاستشكلت على مسألة الكتاب فقيل : إنما قيد بالنوعين ، لأنه إذا كان من جنس واحد لا يتعدى الفساد كما ذكر في الهداية . واستشكله صاحب الحواشي على قول أبي حنيفة لأن عنده إذا ورد العقد على شيئين وفسد في أحدهما يفسد في الآخر لأنه يصير قبول الفاسد شرطاً إلى آخره ، قال : إلا أن هذا في الفساد المقارن الذي تمكن في صلب العقد لاقى الطارئ ، وهذا طارئ لأن قبض رأس المال شرط لبقاء العقد على الصحة ، أما العقد في نفسه فصحيح . واستشكله الشيخ حافظ الدين في المصنف بأن هذا يقتضي أن لا يفسد في النقد إذا كان رأس المال نوعين أيضاً ، ثم قال : يحتمل أن الفساد باعتبار أن معرفة رأس المال شرط عنده ولم يبين حصة كل منهما من المسلم فيه فهي للمسئلة التي قدمها المصنف تقريباً على اشتراطه معرفة مقدار رأس المال إذا كان مما يتعلق العقد على قدره ، فإذا قوبل بشيئين كان الانقسام بطريق القيمة وذلك يعرف بالحزر والظن وهو مجهول انتهى . وهو جدير مافرحه المصنف على اشتراط معرفة مقدار رأس المال إلا أن على هذا لا حاجة إلى تقييد المنظومة بكون أحدهما ديناً فإنه

ولا يشيع الفساد لأن الفساد طارئ إذ السلم وقع صحيحاً ، أما إذا أطلق ثم جعلنا المائة من رأس المال قصاصاً بالدين فلا إشكال في طروءه ، كما لو باع عبدين ثم مات أحدهما قبل القبض كان الباقي بيعاً بالحصة الطارئة ، وأما إذا أضاف إلى الدين ابتداء فكذا ، ولهذا لو قدر رأس المال قبل الافتراق صح ، وهذا لأن النقود لا يتعين في العقود إذا كانت عينا فكذا إذا كانت ديناً فصلا الإطلاق والتقييد سواء ، ألا ترى أنه لو تابعا عينا بدين ثم تصادقا أن لادين لا يبطل البيع حيث لم يتعين الدين فيعتقد السلم صحيحاً فيبطل بالافتراق لما بينا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكالئ بالكالئ . وقيد بقوله (مائة منها دين على المسلم إليه) لأن الدين على غيره يوجب

قال (ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم والمسلم فيه قبل القبض) أما الأول فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد . وأما الثاني فلأن المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز (ولا يجوز الشركة والتولية في السلم فيه) لأنه تصرف فيه (فإن تقايلا السلم لم يكن له أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تأخذ إلا سلعك أو رأس مالك » أي عند الفسخ .

لو كان عيين فسد فيهما لذلك أيضا (قوله ولا يجوز التصرف في رأس المال ولا المسلم فيه قبل القبض : أما الأول) وهو رأس المال فإنما لا يجوز للمسلم إليه التصرف قبل قبضه لما في ذلك من تفويت حق الشرع وهو القبض المستحق شرعا قبل الاتفاق (وأما الثاني) وهو المسلم فيه (فإنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز) لما تقدم من الدليل فلا يجوز هبته ولا الاستبدال به ، أما لو دفع المسلم إليه ما هو أردأ من الشروط فقبله رب السلم أو أجود فإنه يجوز ولا يكون له حكم الاستبدال فإنه جنس حقه فهو كترك بعض حقه وإسقاطه في حق باب السلم ومن جنس القضاء في حق المسلم إليه . وقول القدوري بعد ذلك (ولا يجوز الشركة و) لا (التولية) مع دخولهما في عموم الصرف في السلم فيه لقرب وقوعهما في السلم فيه . بخلاف المراجعة والوضعية فإنه غير معتاد ولأنه دين : وفي الوضعية إضرار برب السلم فيبعد وجودهما . بخلاف أخذه بمثل ما اشتراه به فإنه قريب ، والشركة هي معنى أخذ بعضه بمثل ما اشتراه به . وقيل هو احتراز عن قول البعض إن التولية تجوز عنده في بيع العين والسلم (قوله فإن تقايلا السلم لم يكن له) أي لرب السلم (أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تأخذ إلا سلعك أو رأس مالك » (أخرج أبو داود وابن ماجه معناه عن عطية العوفي عن أنس بن سعيد الخدري قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره ») وهذا يقتضي أن لا يأخذ إلا هو . ورواه الترمذي وحسنه وقال : لا أعرفه مرفوعا إلا من هذا الوجه . وأخرجه الدارقطني عن سعيد الجوهري وعلي بن الحسين الدرهمي باللفظ المذكور وقال : اللفظ للدرهمي . وقال إبراهيم بن سعيد : فلا يأخذ إلا ما أسلم فيه أو رأس ماله ، وهذا هو حديث المصنف وعطية العوفي ضعفه أحمد وغيره ، والترمذي يحسن

شيوخ الفساد لأنها ليست بمال في حقهما . قال (ولا يجوز التصرف في رأس المال والمسلم فيه الخ) لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم احترازا عن الكالي بالكالي ، فالوجاز التصرف بالمبيع والهبة والوضعية ونحوها فأتى الشرط وهو معنى قوله فلما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد ولا في السلم فيه كذلك لأنه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز ، ولا بأسم به بعده لأن المقبوض بعقد السلم كالعين المشتري ، فـرأس المال إن كان مثليا جاز أن يبيع مراجعة ، وإن كان قيميا لا يجوز إلا بمن عنده ذلك المثل (ولا تجوز الشركة) وهو أن يشترك شخص آخر في السلم فيه (و) لا (التولية) وصورتها ظاهرة ، وإنما خصهما بالذكر بعد ما دخلتا في العموم لأنهما أكثر وقوعا من المراجعة والوضعية . وقيل احتراز عن قول البعض إن التولية جائزة لأنها إقامة معروف فإنه يولى غيره ما تولى (فإن تقايلا السلم لم يكن لرب السلم أن يشتري من المسلم إليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله) لقوله صلى الله عليه وسلم « لا تأخذ إلا سلعك أو رأس مالك » يعني حالة البقاء وعند الفسخ ،

(قوله لا يجوز التصرف في رأس المال قبل القبض لأنه شرط صحة السلم) أقول : يعني أن القبض شرط صحة السلم (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تأخذ إلا سلعك أو رأس مالك » يعني حالة البقاء وعند الفسخ) أقول : قوله حالة البقاء ناظر إلى قوله « إلا سلعك » وقوله عند الفسخ ناظر إلى قوله « أو رأس مالك » .

ولأنه أخذ شيئا بالمبيع فلا يخل التصرف فيه قبل قبضه . وهذا لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث ، ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل رأس المال مبيعا لأنه دين مثله ، إلا أنه لا يجب قبضه في المجلس لأنه ليس في حكم الابتداء من كل وجه .

حديثه فهو مختلف فيه فحديث حسن : ورواه عبد الرزاق موقوفا على ابن عمر . أخبرنا معمر عن قتادة عن ابن عمر قال وإذا أسلفت في شيء فلا تأخذ إلا رأس مالك أو الذي أسلفت فيه . وأسند عن أني الشعثاء نحوه من قوله فقوله لا تأخذ إلا سلمك : يعني حال قيام العقد أو رأس مالك : أي عند الفسخ . فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه (وهذا) أي كونه أخذ شيئا بالمبيع (بسبب) أن الإقالة بيع جديد في حق ثالث (غير المتعاقدين والشرع ثالث . وعرف أن مضمنا تنوقف على قيام المبيع إلى القبض ؛ ألا ترى أنه لو هلك المبيع بعد إقالة البيع قبل القبض تبطل الإقالة ، وذلك غير ممكن هنا لأن بالإقالة يسقط المبيع لأنه دين لا عين فيتلاشى فلا يعود لكنها قد صحت فيلزم أنه اعتبر رأس المال بمزلة المبيع ضرورة لأنه دين مثل المسلم فيه وجعل الدين مبيعا ليس محالا . وأورد عليه : لو كانت بيعا جديدا لكانت بيع سلم لأنها إقالة بيع سلم فكان يلزم قبض رأس المال عند الإقالة في المجلس ولم يلزم بالإجماع ، فأجاب عنه المصنف (بأنه) يعني عقد الإقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) وأجاب غيره بأن لزوم قبضه قبل الافتراق لثلا يفتراق عن دين بدين ، وذلك إنما يكون إذا كان المسلم فيه مما يجب تسليمه ولم يجب ذلك بعد الفسخ بالإقالة . ويمكن حمل جواب المصنف على هذا بتكاف يسير . وحاصل جواب صاحب الإيضاح أن رأس المال جعل كالمسلم فيه والقبض ليس شرطا فيه فليس شرطا له .

وهذا نص في ذلك (ولأنه أخذ شيئا بالمبيع) (لأن الإقالة بيع جديد في حق ثالث) وهو الشرع ، والمبيع يقتضي وجود المعقود عليه والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالإقالة (فلا بد من) جعل رأس المال مبيعا) ليرد عليه العقد وإلا لكان مافرضناه بيعا لم يكن بيعا هذا خلف باطل وهو صالح لذلك لكونه ديننا مثل المسلم فيه ، وإذا أمكن أن يكون الدين معقودا عليه ابتداء فيما هو بيع من كل وجه وهو عقد السلم فلا يمكن ذلك انتهاء فيما هو بيع من وجه دون وجه كان أولى . وإذا ثبت شبهه بالمبيع والمبيع لا ينصرف فيه قبل القبض فكذلك ما أشبهه . فإن قيل : إذا كان كذلك وجب قبض رأس المال في المجلس اعتبارا للانتهاء بالابتداء : أجاب بقوله (لأنه) أي لأن عقد الإقالة (ليس في حكم الابتداء من كل وجه) لأنه بيع في حق الكل والإقالة بيع في حق ثالث لا غير ، وليس من ضرورة اشتراط القبض في الأول اشتراطه في الثاني بالضرورة ، فإن ثبت بالتنبية وهو أن اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن الكائي بالكلي والمسلم فيه سقط بالإقالة فلا يتحقق فيه ذلك فلا يشترط القبض والتأمل يعني عن هذا السؤال لأن رأس المال إذا صار معقودا عليه سقط اشتراط قبضه ، فالسؤال بوجود قبضه لا يرد . لكن المصنف دفع وهم من عسى يتوهم نظرا إلى كونه رأس المال وجوب قبضه ، ولو أبرز ذلك في مبرز الدليل على انتقاله معقودا عليه حيث لا يجوز قبضه : ولو بقي رأس المال لوجب كان أدق على طريقة قوله في أول الكتاب ويجوز بأي لسان كان سوى الفارسية وهي طريقة قوله :

ولا عيب فيهم غير أن سيوفهم بين فلول من قراع الكتاب

(قوله فيما هو بيع من وجه دون وجه) أقول : وهو الإقالة (قوله لأن عقد الإقالة ليس في حكم الابتداء من كل وجه) لأنه في حق الكل) أقول : ضمير لأنه راجع إلى الابتداء (قوله وهي طريقة) أقول : ليس ذلك على طريقته كالأخ لا يخفى على من له أدنى مسكة .

وفيه خلاف زفر رحمه الله . والحجة عليه ما ذكرناه . قال (ومن أسلم في كره حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء . وإن أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكثاله له ثم اكثاله لنفسه جاز) لأنه اجتمعت الصفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان . وهذا هو محل الحديث على ما مر

(وفيه خلاف زفر) أي في منع الاستبدال برأس مال السلم من المسلم إليه بعد إقالة السلم . فعنده يجوز أن يشترى به ما شاء وهو القياس . لأنه بالإقالة بطل السلم وصار رأس المال ديناً عند المسلم إليه فيستبدل به كسائر الديون . قال (والحجة عليه ما ذكرنا) من الأثر والمعنى فهو استحسان بالأثر مقدم على القياس (قوله ومن أسلم في كره) وهو ستون قفيزاً أو أربعون على خلاف فيه : والقفيز ثمانية مكايك ، والمكوك صاع ونصف (فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء) عن المسلم فيه فاقضاه رب السلم بحقه بأن اكثاله مرة وحاجه إليه لم يكن مقتضياً حقه . حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم إليه ويطالبه رب السلم بحقه (وإن أمره أن يقبضه له) أي للمسلم إليه (ثم يقبضه لنفسه فاكثاله له) أي رب السلم للمسلم إليه (ثم اكثاله) مرة أخرى (لنفسه) صار مقتضياً مستوفياً حقه وهذا (لأنه اجتمعت صفتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان) صاع البائع وصاع المشتري (وهذا هو محل الحديث على ما مر) في الفصل الذي يلي باب المراجعة حيث قال المصنف : ومحل الحديث اجتماع الصفتين . والمفقه فيه أن المستحق بالعقد مسمى فيه وهو الكرا ، وهو إنما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذان عقدان . وشرط أن فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه ، ألا ترى أن الثاني لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشتري كاله لنفسه محضرة المشتري الثاني قبضه الثاني لا بد من أن يكيله إقامة لحق العقد الثاني والصفتان شراء المسلم إليه من بائنه الكرا والصفة التقديرية التي اعتبرت بين المسلم إليه ورب السلم عند قبضه لأن المسلم إليه يصير بائناً من رب السلم ما اشتراه لأن المأخوذ ليس عين حقه فإنه دين ، وهذا عين قاصصه به ، وقد أخذوا في صحة الأمر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه . وعندى ليس هذا بشرط ، بل الشرط أن يكيله مرتين ، حتى لو قال له اقبض الكرا الذي اشتريته من فلان عن حقلك فذهب فاكثاله ثم أعاد كياله صار قابضاً ، لأن الفرض أنه لا يصير قابضاً لنفسه بالكيل الأول بل الثاني ، فلما قال له اقبضه عن حقلك والمخاطب يعلم طريق صيرورته قابضاً لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الأمر وثانياً ليصير هو قابضاً لنفسه ففعل ذلك صار قابضاً حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضاً . ولغظ الجامع يفيد ما قلنا ، فإنه لم يزد فيه على قول

(قوله وفيه) أي في جعل رأس المال بعد الإقالة مبيعاً (خلاف زفر) هو يقول رأس المال بعد الإقالة صار ديناً في ذمة المسلم إليه ، فكما جاز الاستبدال بسائر الديون جاز بهذا الدين (والحجة عليه ما ذكرناه) من الحديث والمعقول . قال (ومن أسلم في كره حنطة فلما حل الأجل اشترى المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يكن قضاء) حتى لو هلك المقبوض في يد رب السلم كان من مال المسلم إليه وإن أمره أن يقبضه لأجل المسلم إليه ثم لنفسه فاكثاله له ثم اكثاله لنفسه جاز لأنه اجتمعت صفتان بشرط الكيل (الأولى صفة المسلم إليه مع بائنه والثانية صفتته مع رب السلم) فلا بد من الكيل مرتين لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان ، وهذا هو محل الحديث على ما مر (في الفصل المتصل بباب المراجعة والتولية قال فيه : ومحل الحديث اجتماع الصفتين على ما بين .

والسلم وإن كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وأنه بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة ، وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء ، وإن لم يكن سلما وكان قرضا فأمره بقبض الكرّ جاز لأن القرض إعارة ولهذا يتعقد بافظ الإعارة فكان المردود عين المأخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان .

فأكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز . وقوله (والسلم وإن كان سابقا إلى آخره) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال يبيع رب السلم مع المسلم إليه كان سابقا على شراء المسلم إليه من بائه فلا يكون المسلم إليه بائعا بعد الشراء ما اشتراه فلم تجتمع الصفقتان فلا يدخل تحت النهي ، فأجاب بقوله السلم وإن كان سابقا على شراء المسلم إليه من بائه (لكن قبض) رب السلم (المسلم فيه لاحق) لشراؤه من بائه (وأنه) أى قبض المسلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع لأن العين غير الدين حقيقة) واعتباره عينه في حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه كى لا يازم الاستبدال به قبل قبضه لا يستلزم اعتباره إياه مطلقا فأخذ العين عنه في حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم إليه بعد شراؤه من بائه ، والدليل على هذا الاعتبار ما قال في الزيارات : لو أسلم مائة في كرك ثم اشترى المسلم إليه من رب السلم كرك حطه بمائتي درهم إلى سنة قبضه فلما حل السلم أعطاه ذلك الكرّ لم يجز لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن . يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكرّ قبل نقد الثمن بأقل مما باعه ، وإنما يلزم ذلك إذا جعلنا عند القبض كأنهما جددا عقدا ، ومثل هذا فيما لو أسلم في موزون معين واشترى المسلم إليه موزونا كذلك إلى آخره لا يجوز قبض رب السلم ، بخلاف ما لو اشترى المسلم إليه حطلة عجاجة أو ملكها بإرث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فأكاله مرة ، ونحوه يكتفى بكيل واحد ، لأنه لم يوجد إلا عقد واحد بشرط الكيل وهو السلم . ولو اشترى المملود عدا والسلم في مملود فعل الروايتين في وجوب إعادة العدة في بيع المملود بعد شراؤه عدا هذا (فلم يكن سلما) ولكن أقرضه (فأمره بقبض الكرّ) ولم يقل قبضه ثم قبضه لنفسه فقبحه بأن اكتاله مرة (جاز لأن القرض إعارة ولهذا يتعقد بافظ الإعارة وكان المردود عين المأخوذ مطلقا فلم تجتمع صفقتان) فلم يجب الكيلان لأن هذا الاعتبار في القرض لو لم يكن ثابتا لزم تملك الشيء بمنه نسيئة أو تفرق بلا قبض فيه وهو ربا ، ولهذا لا يلزم التأجيل في القرض لأنه يبيع بمنه نسيئة ، وكذا لو كان الدين الأول سلما فلما حل أقرض المسلم إليه من رجل كرا وأمر رب السلم بقبضه من المقرض فعمل جاز لما ذكرنا ، وهذا لأن عقد القرض عقد مساهلة لا يوجب الكيل بخلاف البيع مكايلة أو موازنة ، ولهذا لو استقرض من آخر حطلة على أنها عشرة أفرزة جاز له أن يتصرف فيها

(قوله والسلم وإن كان سابقا) جواب عما يقال يبيع المسلم إليه مع رب السلم كان سابقا على شراء المسلم إليه من بائه فلا يكون المسلم إليه بائعا بعد الشراء فلا تتحقق الصفقة الثانية لتدخل تحت النهي ، وتقريره القول بموجب العاة سلما ذلك (لكن قبض المسلم فيه لاحق) وقبض السلم فيه (بمنزلة ابتداء البيع) لأن المسلم فيه دين في ذمته والمقبوض عين وهو غير الدين حقيقة وإن جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال ضرورة فلا يتغذى فيبقى فيما وراه كالبيع فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل . فقد اجتمعت الصفقتان فلا بد من تكرار الكيل (و) إن (كان) الكرّ (قرضا فأمر) المستقرض القرض (بقبض الكر) ففعل (جاز لأن القرض إعارة ولهذا يتعقد بافظ الإعارة) ولو لم يكن إعارة لزم تملك الشيء بمنه نسيئة وهو ربا ولهذا لا يازم التأجيل في القرض لأن التأجيل في العواري غير لازم فيكون المردود عين المقبوض (مطلقا حكما فلا تجتمع الصفقتان) وكذا لو استقرض المسلم إليه من رجل وأمر رب السلم بقبضه يكتفى فيه بكيل واحد .

قال (ومن أسلم في كَرٍّ فأمر ربّ السلم أن يكيّله المسلم إليه في غرائر ربّ السلم ففعل وهو غائب لم يكن قضاء) لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الأمر ، لأن حقه في الدين دون العين فصار السلم إليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو كان عليه درهم دين فدفع إليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصح قابضا ، ولو كانت الحنطة مشتراة والمستهة بحالها صار قابضا لأن الأمر قد صح حيث صادف ملكه لأنه ملك العين بالبيع ؛ ألا ترى أنه لو أمره بالطحن كان الطحين في السلم للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري لصحة الأمر ، وكذا إذا أمره أن يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم إليه وفي الشراء من مال المشتري ،

قبل الكيل (قوله ومن أسلم في كَرٍّ فأمر ربّ السلم المسلم إليه أن يكيّله له في غرائر ربّ السلم) والموضع موضع الإضرار فيها لكنه أظهره لدفع الالتباس (ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن قضاء) حتى لو هلك هلك من مال المسلم إليه والتقييد بغيته ، لأنه لو كال فيها ورب السلم حاضر يصير قابضا بالاتفاق سواء كانت الغرائر له أو للبائع (لأن الأمر بالكيل لم يصح لأنه لم يصادف ملك الأمر . لأن حقه في الدين لا العين فصار السلم إليه مستعيرا للغرائر منه فجاء ملك نفسه فصار كما لو كان عليه درهم فدفع) الدائن إليه كيسا (ليزنها المديون فيه لم يصح قابضا) هذا إذا لم يكن في غرائر رب السلم طعام بلا تردد ، فإن كان قبل لا يصير قابضا لما قررنا أن أمره غير معتبر في ملك الغير . قال في المبسوط : والأصح عندي أنه يصير قابضا لأن أمره يخلط طعام السلم بطعامه على وجه لا يتميز معتبر فيصير به قابضا ، وهو نظير ما سيذكر في كتاب الصرف فيمن دفع نصف درهم إلى صائغ وقال زد من عندك نصف درهم وصنع لي بهما خاتما ففعل جاز وصار بالخلط قابضا (ولو كانت مشتراة) غير مسلم فيها (والمسئلة بحالها) أي دفع المشتري غرائره للبائع وأمره أن يكيّله فيها ففعل بغيته (وصار قابضا لأن الأمر قد صح) هنا (لأنه ملك عين الحنطة بمجرد البيع فصادف أمره ملكه) ونظيره مالو أمره بطحن الحنطة المسلم فيها فطحنها المسلم إليه كان الدقيق للمسلم إليه ، فلو أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لأنه استبدل بالمسلم فيه قبل قبضه ، ولو كانت مشتراة فأمر المشتري البائع أن يطحنها فطحنها كانت للمشتري ، فلو هلك الدقيق في الأول هلك من ملك المسلم إليه ويعود دين رب السلم عليه كما كان ، ولو هلك في الثاني هلك من ملك المشتري وتقرر الثمن عليه ، ومثله (إذا أمر) رب السلم المسلم إليه (أن يصبه في البحر ففعل كان من مال المسلم إليه) ولو أمر المشتري البائع به كان قابضا فيهلك (من مال المشتري

قال (ومن أسلم في كَرٍّ فأمر رب السلم الخ رجل أسلم في كَرٍّ فأمر رب السلم أن يكيّله المسلم إليه في غرائر رب السلم ففعل وهو) أي رب السلم (غائب لم يكن) له في غرائره طعام فإنه لا يكون (قضاء) فلو هلك هلك من مال المسلم إليه (لأن الأمر بالكيل لم يصادف ملك الأمر إذ حقه في الدين لا في العين فلا (يصح) الأمر) (وصار المسلم إليه مستعيرا للغرائر من رب السلم وقد جعل ملكه فيها ، فصار كما لو كان عليه درهم دين فدفع إليه كيسا ليزنها المديون فيه حيث لم يصح قابضا) ولو اشترى من رجل حنطة بعينها ودفع غرائره إلى البائع وقال له اجعلها فيها ففعل والمشتري غائب صار قابضا لأنه ملكه بالشراء لا بحالة فصيح الأمر لمصادفته الملك ، وإذا صح صار البائع وكبلا غنه في إمساك الغرائر فقيت الغرائر في يد المشتري حكما فوقع فيها صار في يد المشتري (قوله ألا ترى) توضيح لتملكه بالبيع (فإنه إذا أمره بالطحن في السلم كان الطحين للمسلم إليه وفي الشراء للمشتري) وإذا أمره أن يصبه في البحر في السلم ففعل هلك من مال المسلم إليه (وفي الشراء من مال المشتري) وليس ذلك إلا باعتبار صحة الأمر وعلمها وصحته موقوفة على الملك ، فلو لا أنه ملكه لما صح أمره ، ويجوز أن يكون توضيحا لقوله لأن الأمر

وينتقد الثمن عليه لما قلنا ، ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ، ولو أمره في الشراء أن يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصرف قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلا تصير الغرائر في يده . فكذا ما يقع فيها . وصار كما لو أمره أن يكيه ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بناوحيه في يده فلم يصرف المشتري قابضا . ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ، إن بدأ بالعين صار قابضا . أما العين فلصحة الأمر فيه ، وأما الدين فلا اتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا ، كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه ، وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار ،

لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل (الواحد) في الشراء في الصحيح لأنه نائب عنه في الكيل والوقوع في غرائر المشتري) وقوله في الصحيح احتراز عما قيل لا يكتفى إلا بكيان على ما مر قبل باب الربا . ولو كان في البيع أمر المشتري البائع أن يكيه في غرائر البائع ففعل بغيبته لم يصرف قابضا (لأنه استعار غرائره ولم يقبضها) فلم تتم الإعارة لأنها لما كانت عقد تبرع لم تتم إلا بالقبض (فلم تصر الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه) على تأويل الظرف ونحوه (وصار كما لو أمر المشتري) البائع (أن يكيه ويعزله في مكان من بيت البائع) ففعل بغيبته لم يصرف قابضا (ولو اجتمع الدين والعين) بأن اشترى رب السلم من المسلم إليه كرا معيننا بعد حلول السلم فأمره أن يكيل في غرائر المشتري كليهما ففعل بغيبته ، إن بدأ بالكر العين ثم بالمسلم فيه صار المشتري قابضا لهما (أما العين فلصحة الأمر فيه) لأنه لا في ملكه (وأما الدين فلا اتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا كمن استقرض حنطة) ولم يقبضها (ثم أمر) المقرض (أن يزرعها في أرض المستقرض ، وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ففعل بغيبته لزمته الزيادة وتقرر يسلط عليه لاتصال ملكه فيها

قد صح (ولهذا) أي ولأن الأمر قد صح (يكتفى بملك الكيل في الشراء في الصحيح لأن البائع نائب عنه في الكيل) فإن قيل : البائع مسلم فكيف يكون متسلما . أجاب بقوله (والقبض بالوقوع) أي وتحقق القبض بالوقوع (في غرائر المشتري) فلا يكون مسلما ومتسلما ، وإنما قال في الصحيح احترازا عما قيل لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صباغان صباغ البائع وصباغ المشتري » وقد مر قبل باب الربا (ولو أمر المشتري البائع أن يكيه في غرائر البائع ففعل لم يصرف) المشتري (قابضا لأنه استعار غرائره ولم يقبضها فلم تصر الغرائر في يده) لأن الاستعارة تبرع فلا تتم بدون القبض . فكذا ما وقع فيها وصار كما لو أمره أن يكيه ويعزله في ناحية من بيت البائع لأن البيت بناوحيه في يده فلم يصرف المشتري قابضا لأنه مستعير لم يقبض (قوله ولو اجتمع الدين والعين) صورته رجل أسلم في كرا حنطة فلما حل الأجل اشترى من المسلم إليه كرا آخر بعينه ودفع غرائره إليه ليجعل الدين : أي المسلم فيه والعين وهو المشتري فيها فلا يخلو البائع من أن يجعل فيها أولا الدين أو العين ، فإن كان الثاني (صار) المشتري قابضا لهما جميعا ، أما العين فلصحة الأمر فيه لمصادفته الملك فكان فعل المأمور كفعل الأمر . ورد بأنه لا يصلح نائباً عن المشتري في القبض كما لو وكله كذلك نصا . وأجيب بأنه ثبت ضمننا وإن لم يثبت قصدا ، وأما الدين فلا اتصاله بملكه برضاه والاتصال بالملك بالرضا يثبت القبض (كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه ، وكمن دفع إلى صائغ خاتما وأمره أن يزيده من عنده نصف دينار) ولا يشكل بالصحيح ، فإن

وإن بدأ بالدين لم يصير قابضاً . أما الدين فاعلم صحة الأمر . وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكاً عند أبي حنيفة رحمه الله فينتقض البيع . وهذا الخلط غير مرضى به من جهة لجواز أن يكون مراده البداية بالعين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن شاء شاركه في الخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما . قال (ومن أسلم جارية في كره حنطة وقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فأتت في يد المشتري فعليه قيمتها يوم قبضها . ولو تقايلا بعد

(وإن بدأ بالدين) فكاله في الغرائر (لم يصير قابضاً . أما في الدين فلعلم صحة الأمر) لما قلنا (وأما) في (العين) فلأنه يخلط مال المشتري بنفسه من مال نفسه (يصير مستهلكاً له عند أبي حنيفة فينتقض البيع) بهلاك المبيع قبل القبض . لا يقال : هذا الخلط ليس بتعد ليكون به مستهلكاً لأنه بأمره . أجاب المصنف بمنع إذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين (وعندهما) لما لم يكن استهلاكاً يصير المشتري (بالخيار إن شاء نقض البيع) لميب الشركة (وإن شاء شاركه في الخلوط) . وأورد أن صبيغ الصباغ يتصل بالثوب ولا يصير مالكة قابضاً به . أجب بأن المعقود عليه ثمة الفعل لا العين ، والفعل لا يجاوز الفاعل لأنه عرض لا يقبل الانتقال (قوله ومن أسلم جارية في كره حنطة) حاصل هذه والتي بعدها الفرق بين الإقالة في السلم والبيع فالمن وبيع المقايضة ؛ ففي السلم تجوز الإقالة قبل هلاك الجارية وبعده لأن صحة الإقالة تعتمد قيام العقد وهو بقيام المبيع إلى أن يقبض ؛ ففي السلم المبيع قصداً هو المسلم فيه . فهلاك الجارية وعلمه لا يعدم الدين المسلم فيه فجازت الإقالة إذا ماتت قبل الإقالة أو بعدها قبل القبض لقيام المعقود عليه وهو المسلم فيه ، وإذا جازت انفسخ في الجارية تبعاً فوجب ردها وقد عجز فبرد قيمتها يوم القبض لأن السبب الموجب لاضمان كان فيه فصار كالغصب . وفيما لو كان اشترى جارية بألف درهم مثلاً لا يجوز الإقالة بعد موتها وتبطل لو ماتت بعد الإقالة قبل القبض لأن الجارية هي المعقود عليه في البيع فلا تصح الإقالة بعد موتها ولا تبنى على الصحة إذا هلكت بعدها ، ولو كان البيع مقايضة بأن

الصبيغ والبيع اتصلا بملك المستأجر . ولم يصير قابضاً لأن المعقود عليه في الإجارة الفعل لا العين ، والفعل لا يتجاوز الفاعل فلم يصير متصلاً بالثوب فلا يكون قابضاً ، وإن كان الأول لم يصير قابضاً . أما الدين فاعلم صحة الأمر لعدم مصادفته الملك لأن حقه في الدين لا في العين وهذا عين فكان المأمور بحمله في الغرائر متصرفاً في ملك نفسه فلا يكون فعله كفعل الأمر (وأما العين فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم وهو استهلاك عند أبي حنيفة فينتسخ العقد) فإن قيل : الخلط حصل بإذن المشتري فلا ينتقض البيع : أجاب بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل بإذن المشتري بل الخلط على وجه يصير به الأمر قابضاً هو الذي كان مأذوناً به : وفي عبارة المصنف تسامح لأنه حكم بكون الخلط غير مرضى به جزماً . واستدل بقوله (لجواز أن يكون مراده البداية بالعين) فيكون الدليل أعم من المدعى ولا دلالة للأعم على الأخص ، ويجوز أن يقال كلامه في قوة الممانعة فكانه قال ولا نسلم أن هذا الخلط غير مرضى به (قوله لجواز) سند المنع فاستقام الكلام (وعندهما المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء شاركه في الخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما) : قال (ومن أسلم جارية في كره حنطة الخ) رجل أسلم جارية في كره حنطة ودفع الجارية إلى المسلم إليه ثم تقايلا فأتت الجارية في يد المسلم إليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولم تبطل الإقالة بهلاكها ، لأنهما لو تقايلا بعد هلاك الجارية كانت الإقالة صحيحة لأنها تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه ، وفي السلم المعقود عليه وهو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقاءه ، وإذا صح ابتداء صح انتهاء لأن البقاء أسهل من الابتداء ، وإذا انفسخ العقد في السلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً فيجب ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها

هلاك البحارية - جاز) لأن صحة الإقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام العقود عليه ، وفي السلم المقود عليه إنما هو المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقاءه ، وإذا جاز ابتداء فأولى أن يبقى انتهاء ، لأن البقاء أسهل ، وإذا انفسخ العقد في السلم فيه انفسخ في البحارية تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب عليه رد قيمتها (ولو اشترى جارية بألف درهم ثم تقايلا فانت في يد المشتري بطلت الإقالة - ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة) لأن المقود عليه في البيع إنما هو البحارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محله ، وهذا بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه . قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرخطة فقال المسلم إليه شرطت رديها وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم إليه) لأن رب السلم تمتعت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة ،

دفع البحارية في ثوب تبقى الإقالة بعد هلاكها إذا كان العرض الآخر باقيا لأن كلا منهما مبيع من وجه (قوله ومن أسلم إلى رجل إلى آخره) الأصل في هذه المسائل أنها إذا اختلفا في الصحة ، فإن خرج كلام أحدهما خرج التمتع وهو أن ينكر ما ينفعه كان باطلا اتفاقا والقول قول من يدعي الصحة ، وإن خرج مخرج الخصومة وهو أن ينكر ما يضره . قال أبو حنيفة : القول قول من يدعي الصحة أيضا إذا اتفقا على عقد واحد وإن كان خصمه هو المنكر وقال القول قول المنكر وإن أنكر الصحة . إذا عرف هذا جئنا إلى المسائل (أسلم إلى رجل في كرخة فقال المسلم إليه شرطت لك رديها) وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم إليه) بالاتفاق وهو قول الشافعي (لأن رب السلم تمتعت) لأنه بإنكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه (لأنه) على كل حال (يربو على رأس المال في العادة) وإن كان رأس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لأن العقلاء قاطبة على إعطاء هذا الماثل بذلك الأجل ،

وقامت مقام البحارية ، فكان أحد العوضين كان قائما فلا يرد ما قبل إن البحارية قد هلك والمسلم فيه سقط بالإقالة فصار كهلاك العوضين في المقايضة وهو يمتنع الإقالة ، وقد تقدم في الإقالة ما يفرق بين المقايضة وبين بيع البحارية بالدرهم حيث بطلت الإقالة في البيع عند هلاكها بقاء وابتداء ، وما في الكتاب ظاهر لا يحتاج إلى شرح : قال (ومن أسلم إلى رجل دراهم في كرخة الخ) إذا اختلف المتعاقدان في صحة السلم . فمن كان متعتا وهو الذي ينكر ما ينفعه كان كلامه باطلا وهذا بالاتفاق ، ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر ما يضره كان القول قوله إن ادعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد ، وإن كان خصمه هو المنكر عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد القول قول المنكر وإن أنكر الصحة ، وعلى هذا إذا أسلم رجل في كرخة ثم اختلفا فقال المسلم إليه شرطت رديها وقال رب السلم لم تشتر شيئا فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم تمتعت في إنكاره صحة السلم ، لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة فكان القول لمن يشهد له الظاهر ، فإنهما لما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يوضح العقد بدونه وهو بيان الوصف والظاهر من حطما مباشرة العقد على وصف الصحة دون الفساد كان الظاهر شاهدا للمسلم إليه وقول من شهد له الظاهر أقرب إلى الصدق . وفيه بحث لأننا لانسلم أن المسلم فيه يربو على رأس المال بل الأمر بالعكس فإن النقد القليل خير من النسيئة وإن كانت كثيرة . سلمناه لكنه يربو عليه إذا كان جيدا . وأما إذا كان رديها فمتنع . سلمناه لكنه مخالف للحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام

(قوله ومن كان مخاصما وهو الذي ينكر) أقول : لا يخفى عليك مخالفة تعريف المخاصم لقوله وإن كان خصمه هو المنكر ظاهرا ودفعا باعتبار المني والصورة كاجبي . قوله لأن رب السلم تمتعت في إنكاره صحة السلم لأن المسلم فيه ، إلى قوله : فإنهما لما اتفقا على عقد واحد الخ) أقول : ضل هذا التقرير يكون التمتع تمتع رب السلم ضائعا ثم المقصود بدونه .

وفي عكسه قالوا: يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يدعى الصحة وإن كان صاحبه منكرا . وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة . وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم) لأن المسلم إليه تمتعت في إنكاره حقا له وهو الأجل . والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد

ولولا أنه يربو عليه وإن كان أجلا لم تطبق آراؤهم عليه . وكلام المتنت مردود فبيق قول الآخر بلا معارض . وأما التوجيه بأن الظاهر الصحة إلى آخره فيخص أبو حنيفة تحشيته في غير هذا المحل . والمراد هنا توجيه الاتفاق على أن القول للآخر وهما لا يقولان إن القول للمدعى الصحة دائما ليعلا هنا بظهورها في مباشرة العاقد (وفي عكسه) بأن ادعى رب السلم شرط الردى وأنكر المسلم إليه الشرط أصلا لم يذكره محمد في الكتاب (وقالوا) أي المشايخ يجب (أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة) وهو قول الشافعي (لأنه يدعى الصحة وإن كان صاحبه منكرا) وكلامه خصومة (وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة) وسيفر المصنف الوجه في تلك المسئلة التي تلى هذه (ولو قال) المسلم إليه لم يكن فيه أجل وقال رب السلم فيه أجل فالقول قول رب السلم) أي بالاتفاق ، وكذا في مقداره وهو قول الشافعي لأن كلام المسلم إليه هنا تمتعت لأنه ينكر ما ينفعه وما هو حقه (وهو الأجل) لأن الأجل لترفيه المسلم إليه وهذا استحسان . وأورد عليه ينبغي أن يكون القول لمن يدعى الفساد لأن المسلم فيه لما كان في العادة يربو على رأس المال كان إنكار المسلم إليه الصحة خصومة فلا يكون متعتا . وهذا الإيراد هو وجه القياس . فأجاب عنه المصنف بقوله (والفساد لعدم الأجل ليس متيقنا) حتى

« البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وهو بإطلاقه يقتضي أن يكون القول قول المنكر وإن أنكر الصحة . والجواب أن الناس مع وفور عقولهم وشدة تحزمهم عن الغبن في البياعات وكثرة رغبتهم في التجارة الرابعة يقدمون على السلم مع استئناسهم عن المسلم فيه في الحالة الراحة ، وذلك أقوى دليل على ربا المسلم فيه وإن كان ردنيا والاعتبار للمعاني دون الصورة ؛ فنكر صحة الصورة وإن كان منكرا لكنه مدع في المعنى فلا يكون القول قوله كالمودع إذا ادعى رد الوديعة وإن انمكست المسئلة وهو أن يدعى رب السلم الوصف وأنكره المسلم إليه لم يذكره محمد في الجامع الصغير . والمتأخرون من المشايخ (قالوا : يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لأنه يدعى الصحة وإن كان صاحبه منكرا) وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة (قوله وسنقرره من بعد) يريد به ما يذكره بعده بخطوط القول لرب السلم عندهما ، وفي عبارته تسامح لأنها تستعمل للبعد والمطابق ونقرره . ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه تمتعت في إنكاره لأنه ينكر ما ينفعه وهو الأجل . فإن قيل : لانسلم أنه تمتعت لأنه بإنكاره يدعى فساد العقد وسلامة المسلم فيه له وهو يربو على رأس المال في العادة فيكون القول للمسلم إليه وهو القياس . أجاب المصنف (بأن الفساد بعدم الأجل غير متيقن لمن كان الاجتهاد) فإن السلم الحال جائز عند الشافعي ، وإذا لم يكن متيقنا بعلمه لم يلزم من إنكاره رد رأس المال فلا يكون النفع يرد رأس المال معتبرا ، بخلاف عدم الوصف وهو المسئلة الأولى فإن الفساد بعلمه متيقن ، وفيه نظر لأن بناء المسئلة على خلاف مخالف لم يوجد عند وضعها غير

(قوله وإن كان ردنيا) أقول : سلم إذا علم اشتراط العاقدتين رداءة المسلم فيه (قوله فنكر صحة الصورة الخ) أقول : الأصوب أن يقال فالمدعى صورة منكر فالمدعى ليطابق السؤال والاستبعاد (قوله لكنه مدع) أقول : إن له حق النسخ .

فلا يعتبر النفع في رد رأس المال . بخلاف عدم الوصف ، وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقا له عليه فيكون القول قوله . وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة . وعند أبي حنيفة رحمه الله القول للمسلم إليه لأنه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا ، بخلاف مسألة المضاربة لأنه ليس بلازم فلا يعتبر الاختلاف فيه فيبقى مجرد دعوى استحقاق الربح . أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق ، وإن خرج خصومة

يكون إنكاره إنكار الصحة دافعا لزيادة المسلم فيه لأن السلم الحال جائز عند بعض المجتهدين (فلا يعتبر النفع في رد رأس المال) لأنه ليس بلازم قطعاً (بخلاف عدم الوصف) كالرداءة ونحوها على ما تقدم فإنه ملزوم قطعاً للفاسد (وفي عكسه) وهو أن يدعى المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره (القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقا عليه) وهو زيادة الربح للكاثر في قيمة المسلم فيه على ما دخل في يده من رأس المال فصار (كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب بل شرطت لي نصف الربح فإن القول لرب المال لأنه ينكر استحقاق) زيادة (الربح) وإن تضمن ذلك إنكار الصحة . ووقع في بعض النسخ نصف الربح وزيادة عشرة وهي غلط ، لأن على هذا التقدير القول للمضارب ، ولأن إنكاره الزيادة على ذلك التقدير لأعلى هذا (وعند أبي حنيفة القول للمسلم إليه) وهو قول الشافعي (لأنه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا) إذ الظاهر من حال المسلم الامتناع عن العقد الفاسد ، ولأنه هو المفيد تمام القرض المقصود من مباشرته وهو ثبوت الملك على وجه لا يجب نقضه ورفعها شرعا ، ولأن شرط الشيء تبع له ، فالإتفاق على صدور هذا العقد اتفاق على صدوره شرطه ، فإنكار الأجل إنكار بعد الإقرار ظاهرا فلا يقبل ، وصار كما لو اختلف الزوجان في التوزيع بشهود أو بلا شهود فالقول لمن يدعيه بشهود (بخلاف المضاربة) لأنه أي عقد المضاربة (ليس بلازم) ولهذا يتمكن رب المال من عزله قبل شرائه برأس المال ، وكذا المضارب له فسخه ، وإذا كان غير لازم أرتفع باختلافهما ، وإذا ارتفع بقي دعوى المضارب في استحقاق الربح ورب المال ينكر فالقول له (أما السلم فبعقد لازم) فلا يرتفع بالاختلاف فكان مدعى الفساد متناقضا ظاهرا كما ذكرنا ، ولأن عقد المضاربة إذا صح كان شركة ، وإذا فسد صار إجارة فلم يتفقا على عقد واحد ، فإن مدعى الفساد يدعى

صحيح . فالأولى أن يقال : إن الاختلاف كان ثابتا بين الصحابة إن ثبت ذلك ، وليس بمطابق لما ذكره صاحب النهاية وغيره ، وفي عكسه وهو أن يدعى المسلم إليه الأجل ورب السلم ينكره القول لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقا عليه وكل من هو كذلك فالقول قوله ، وإن أنكر الصحة كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح إلا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فإن القول لرب المال لأنه ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة . وعند أبي حنيفة القول قول المسلم إليه لأنه يدعى الصحة وقد اتفقا على عقد واحد لأن السلم عقد واحد ، إذ السلم الحال فاسد ليس بعقد آخر . واختلفا في جوازه وفساده ، وكانا متفقين على الصحة ظاهرا لوجهين : أحدهما أن الظاهر من حالهما مباشرة العقد بصفة الصحة . الثاني أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه ، والأجل من شرائط السلم فكان اتفقا على العقد إقرارا بالصحة ، فالمنكر

(قوله والثاني أن الإقدام على العقد التزام لشرائطه) أقول : لشرائط العقد أو لشرائط صحة ؟ الأول مسلم ، وليس الأجل من شرائط العقد بل من شرائط صحته ، والثاني غير مسلم .

ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول لمدعى الصحة عنده . وعندهما المنكر وإن أنكر الصحة .

الإجارة . ومدعى الصحة يدعى الشركة فكان اختلافهما في نوع العقد . بخلاف السلم الحال وهو ما يدعيه منكر الأجل سلم فاسد لا عقد آخر فلهذا يبحث به في يمينه لا يسلم في شيء فقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته وفساده فالقول لمدعى الصحة . واستشكل بما لو قال في المضاربة رب المال شرطت نصف الربح وزيادة عشرة فإن القول للمضارب . ولم يقل اختلفا في نوع العقد . أوجب بأن المضارب ادعى الشركة والصحة ورب المال أقر له بذلك بقوله شرطت لك نصف الربح ثم قوله وزيادة عشرة عطفا عليه يدعى الفساد لأن أول الكلام لا يتوقف على آخره فيه . بخلاف قوله إلا عشرة بالاستثناء فإنه يتوقف إذ صدر الكلام مع الاستثناء كلام واحد . قيل فيه نظر لأن في الأصول فيما إذا تزوجه الفضولى أختين في عقدتين فقال أجزت نكاح هذه وهذه يفسدان . لأنه توقف أوله على آخره بوجود المغير في آخره وإن كان بحرف العطف . وأورد أيضا بما إذا قال تزوجتك وأنا صغير وقالت بل بعد بلوغك فالقول للزوج مع أنه يدعى فساد العقد : أوجب بأنه ما أقر بأصل العقد بل أنكره حيث أسنده إلى حال عدم الأهلية . واعلم أن إنكار الأجل على ثلاثة أوجه : أحدها في أصل الأجل وهي مسألة الكتاب . والثاني في مقدار الأجل والقول فيه قول من يدعى الأقل مع يمينه . فإن قامت بينة للمدعى الأكثر قضى بها ، وإن قامت لكل منهما فالبينة بينة مثبتة الزيادة . والثالث في مضي الأجل إذا قال رب السلم مضى الأجل المسمى وقالة المسلم إليه لا فالقول قول المسلم إليه مع يمينه لأنه يتنكر توجه المطالبة عليه ، ومن أقام بينة قضى له ، فإن أقامها فالبينة بينة المطلوب لأنها تثبت زيادة الأجل . وهذا والاختلاف في مقدار الأجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزمفر لأنه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة : يعني أنه ما هو فلهما يتحالفان

بعده ساع في نقض ماتم به وإنكاره إنكار بعد الإقرار وهو مردود بخلاف المضاربة فلهما إذا اختلفا فيها تنوع محل الاختلاف فلهذا إذا فسدت كانت إجارة ، وإذا صحت كانت شركة ، فإذا اختلفا فالمدعى للصحة مدع لعقد ، والمدعى للفساد مدع لعقد آخر خلافه ، ووحدة العقد عند الاختلاف في الجواز والفساد تستلزم اعتبار الاختلاف الموجب للتناقض المردود لوحدة المثل ، وعدم وحدته تستلزم عدم اعتبار الاختلاف لاختلاف المثل . ولما كان السلم عقدا واحدا كان الاختلاف فيه إنكارا بعد الإقرار وهو تناقض فلم يعتبر الإنكار . وأما المضاربة فهي ليست بعقد واحد عند الاختلاف فكان المثل مختلفا ولا تناقض في ذلك فلم يكن الاختلاف معتبرا فكان المضارب يدعى استحقاق شيء في مال رب المال وهو منكر والقول قول المنكر . وعبر المصنف رحمه الله عن الوحدة بالزوم لأنه بالفساد لا يتقلب عقدا آخر وعن غير ما يغير الزوم لا يتقلب عقدا آخر عند الاختلاف ، فإن قيل : هذا العنصر الذي ذكرتم في المضاربة يشكل بما لو قال شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فإن القول للمضارب ، وكان الواجب أن لا يعتبر الاختلاف ويكون القول لرب المال لإنكاره ما يدعيه المضارب في ماله . فالجواب أن العنصر المذكور كان مبنيا على انتفاء ورود النفي والإثبات على محل واحد ، وهما قد ورد عليه لأن رب المال قد أثبت له بقوله شرطت لك نصف الربح ما يدعيه ويدعي بقوله وزيادة عشرة فساد العقد وذلك إنكار بعد الإقرار لأن المعطوف يقرر المعطوف عليه ، كما إذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألف وخمسة على ما سيأتى فيكون النفي والإثبات وردا على محل واحد وهو باطل فيكون القول لمدعى الصحة وهو المضارب كما في السلم ، وهذا المثل مخصص بهذا الكتاب وسجهد المقلد دموعه .

قال (ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ورقعة) لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا ، وإن كان ثوب حرير لابد من بيان وزنه أيضاً لأنه مقصود فيه .

لأن الوصف جار مجرى الأصل . وفي الخلاصة : إذا شرط في السلم الثوب الجليد فجاء بثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالتقاضى يرى اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي ، فإن قالوا جيد أجبر على القبول ، وإذا اختلفا في السلم يتحالفان استحساناً ويبدأ ييمين المطلوب عند أبي يوسف ، ثم رجع وقال ييمين الطالب وهو قول محمد ، وإن قامت لأحدهما بيعة قضى بها ، وإن قامت لهما بيعة قضى ببيعة رب السلم بسلم واحد عند أبي يوسف . والمسئلة على ثلاثة أوجه : لأن رأس المال إما عين أو دين ، وكل وجه على ثلاثة أوجه . اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه أو على القلب أو اختلف فيهما ، فإن كان رأس المال عيناً واختلفا في المسلم فيه لا غير فقال الطالب هذا الثوب في كره حنطة وقال الآخر في نصف كره أو في شعير أو في الحنطة الرديئة وأقاما قضى ببيعة رب السلم بالإجماع ، وإن اختلفا في رأس المال فقال أحدهما هذا الثوب وقال الآخر هذا العبد واتفقا على المسلم فيه أنه الحنطة أو قال أحدهما هذا الثوب في كره حنطة وقال الآخر في كره شعير وأقاما البيعة قضى بالمسلمين ، فحمد مرعى أصله . وأبو يوسف يقول : كل يدعي عقداً غير ما يدعيه الآخر . وإن كان رأس المال دراهم أو دنانير ، إن اتفقا على رأس المال واختلفا في المسلم فيه وأقاما البيعة لرب السلم وبقي سلم واحد عند أبي يوسف خلافاً ل محمد ، وإن كان الاختلاف على القلب فعلى هذا الخلاف . ولو اختلفا فيهما فقال أحدهما عشرة دراهم في كره حنطة وقال الآخر خمسة عشر في كره وأقاما ؛ فعند أبي يوسف ثبت الزيادة فيجب خمسة عشر في كرهين ولا يقضى بالمسلمين ، وعند محمد يقضى بالمسلمين عقد بخمسة عشر في كره وعقد بعشرة في كرين . ولو ادعى أحدهما أن رأس المال دراهم والآخر دنانير لم يذكر هذا وينبغي أن يقضى بالمسلمين كما في الثوبين ، وفيها : أسلم في ثوب وشرط الوسط فجاء بمجيد وقال خذ هذا وزدني دراهم فعلى وجهه : إما إن كان كيلياً أو وزنياً أو خرعياً ، ففي الكيل فإن أسلم في عشرة أقدرة فجاء بأحد عشر وقال زدني درهما جاز لأنه باع قفيزاً بشئ معلوم ، ولو جاء بسبعة وقال خذ وأرد عليك درهما فقبل جاز أيضاً فإنه إقالة في البعض فيمجزز كما في الكل . ولو جاء بحنطة أجود أو أردأ فأعطى درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف يجوز ، وقدمنا أنه في الأردأ والأجود يجوز بالإجماع إذا لم يكن معه شيء آخر . وفي الثوب إن جاء بأزيد بنزع وقال زدني درهما جاز وهو بيع خراج بلدهم يمكن تسليمه ، بخلاف بيعه مفرداً ، وكذا إذا أتى بالزيادة من حيث الوصف فإنه يجوز عندهم ، وإن جاء بأقلص فرد معه درهما لا يجوز عند أبي حنيفة ومحمد لأنه إقالة فيما لا يعلم حصته . لأن الداع وصفه وخصه بمجهولة ، هذا إذا لم يبين لكل خراج حصه ، فإن بين جاز بلا خلاف ، وكذا لو جاء بأقلص وصفاً لا يجوز ولو بأزيد وصفاً جاز الكل في الأصل (قوله ويجوز السلم في الثياب إذا بين طولاً وعرضاً ورقعة لأنه أسلم في معلوم) والرقعة يراد بها قدر ، ولا خلاف في هذا بل في اشتراط وزنه إذا كان حريراً

قال (ويجوز السلم في الثياب الخ) السلم في الثياب جائز إذا بين الطول والعرض والرقعة . يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد غلظه وثقافته لأنه أسلم في معلوم مقدور التسليم ، وإن كان ثوب حرير وهو المتخذ من الإبريسم المطبوخ لابد من بيان وزنه أيضاً لأن قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن ، فذكر الطول والعرض ليس بكاف ولا ذكر الوزن وحده ، لأن المسلم إليه ربما يأتي وقت حلول الأجل يقطع حرير بملك الوزن وليس ذلك بمبرداً لا عمالة ،

(ولا يجوز السلم في الجواهر ولو في الخرز) لأن أحادها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم لأنه مما يعلم بالوزن (ولا بأس بالسلم في اللين والآجر إذا سمي مليناً معلوماً) لأنه عددي متقارب لاسياً إذا سمي الملين. قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه) لأنه لا يفضى إلى المنازعة (وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه) لأنه دين، وبدون الوصف يتيح مجهولاً تفضي إلى المنازعة

فإن عند باقي الأئمة الثلاثة لا يشترطونه والوجه بها ظاهر، وكذا يجوز في البسط والأكسية والمسوح والجوالت والبراري إذا بين الطول والعرض والصنعة، وكل ما اختلفت قيمته بالخفة والثقيل من الثياب عرفاً كالواري يشترط بيان وزنه ولو كان البيع ناجزاً. في المتن: إذا باع ثوب حرير يدا بيد لا يجوز إلا وزناً بوزن وهذا هو الصحيح في السلم، بخلاف البيع لأن الإشارة بكتفي بتعريفها في البيع. غاية الأمر عدم معرفة ثقله وهو كعدم معرفة عدد قفزان الصبرة وهو غير مانع. وفي الطول يذكر عدد الذراعان يجب أن يتوسط عند الذراع بين إرخاء الثوب ومده إن كان الذراع مختلف الطول فلا بد من تعيينه إلا أن يكون أحدهما هو المتعارف: وإذا دخل ثياب الحرير الوزن لزم أن لا يجوز بيعها بمنسأ جزافاً فلذا ذكر القدر الذي أن يبيع ثوب خز بثوب خز يدا بيد لا يجوز إلا وزناً كأواني الصفر (قوله ولا يجوز السلم في الجواهر) بخلاف إلا لمالك (ولا في الخرز لأن أحادها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً) في المالية فإن الجواهر تين قد يتحدان وزناً ويختلفان قيمة باعتبار حسن الهيئة، اللهم إلا في الصغار التي تدق للكحل والتداوى فيجوز وزناً (ولا بأس بالسلم في اللين والآجر إذا سمي مليناً معلوماً) لأنه عددي متفاوت إذا سمي الملين. وقوله (لا سيما إذا سمي إلى آخره) يعطى أنه متقارب فلا تشترط تسمية الملين بل إذا سمي يكون أحسن. وليس كذلك بل يتفاوت تفاوتاً فاحشاً. وذكر بعضهم أنه لا يجوز بيع مائة آجرة من أنون، وفي عرف بلادنا يسمونه قميناً أو قميراً وهو الذي يبنى ليشوى فيه الآجر والحجارة تعمل جيراً لأنه يتفاوت في النضج تفاوتاً فاحشاً فلا يجوز بيعه وأحقته في السلم بالتفاوت المتقارب (قوله وكل ما أمكن ضبط صفته إلى آخره) لا خلاف فيه كالقطن والكتان والإبريسم والنحاس والبر والحديد والرصاص والصفر والحناء والوسمة والرياحين اليابسة والجندوع إذا بين طولاً وعرضاً وغلظاً والقصب وصوف الأختشاب، ويجوز السلم في التين كيلاً بالغرائر،

وأما في الثياب فالوزن ليس بشرط. وذكر خمس الأئمة السرخسي رحمه الله أشرط الوزن في الواري وما يختلف بالثقل والخفة. قال (ولا يجوز السلم في الجواهر الخ) العددي الذي متفاوت أحاده في المالية كالجواهر واللاكي والمان والطبخ لا يجوز السلم فيه لإفضائه إلى الزراع. وفي الذي لا يتفاوت أحاده كالجوز والبيض جاز إذا كان من جنس واحد، وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزناً يجوز السلم فيه لأنه مما يعلم بالوزن فلا تفاوت في المالية (ولا بأس بالسلم في اللين والآجر) إذا اشترط فيه مليناً معروفاً، لأنه إذا سمي الملين صار التفاوت بين لبن ولبن يسيراً فيكون ساقط الاعتبار فيلحق بالعددي المتقارب. قال (وكل ما أمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه الخ) هذه قاعدة كلية تشمل جميع جزئيات ما يجوز فيه السلم وما لا يجوز فيه بحث من وجهين: أحدهما أنه عكسها فقال وما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه، ولا يتعكس قولنا كل إنسان حيوان إلى كل ما ليس بإنسان ليس بجيوان. والثاني أنه ذكر القاعدة بعد ذكر الفروع، والأصل ذكر القاعدة أولاً ثم تفريع الفروع عليها. والجواب عن الأول أن جواز السلم يستلزم إمكان ضبط الصفة ومعرفة المقدار لقوله صلى الله عليه وسلم (قوله أحدهما أن عكسها الخ) أقول: فيه أنه ليس عكس الأول، بل الحكم الكل في الثاني لانتهاء الشرط فمثلاً.

(ولا بأس بالسلم في طست أو قمعة أو خفين أو نحو ذلك إذا كان يعرف) لاستجماع شرائط السلم (وإن كان لا يعرف فلا خير فيه) لأنه دين مجهول . قال (وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) للإجماع الثابت بالتعامل . وفي القياس لا يجوز لأنه بيع المعلوم . والصحيح أنه يجوز بيعا لاعدة .

وقيل هو موزون : وقيل يعتبر التعارف ، وفي عرفنا كيله في شباك الليف يسمونه أهل العرف شنيفا (قوله ولا بأس بالسلم في طست أو قمعة أو خفين أو نحو ذلك) كالكوز والآنية من النحاس والزجاج والحديد والفلنسة والطواجن إذا ضبط واستقصى في صفته من الغلط والسعة والضيق بحيث ينحصر فلا يتفاوت إلا يسيرا (قوله وإن استصنع شيئا من ذلك بغير أجل جاز استحسانا) الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو أواني الصفر اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دسنا : أي برمة تسع كذا وزنها كذا على هيئة كذا بكذا ويعطى الثمن المسمى أو لا يعطى شيئا فيعقد الآخر معه جاز استحسانا تبعا للعين . والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي ، إذ لا يمكن إجارة لأنه استعجار على العمل في ملك الأجير ، وذلك لا يجوز

« من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم » الحديث ، وحينئذ كان مثل قولنا كل إنسان ناطق وهو ينعكس إلى قولنا كل ما ليس بإنسان ليس بناطق . وعن الثاني أن تقديم القاعدة على الفروع يليق بوضع أصول الفقه . وأما في الفقه فالمقصود معرفة المسائل الجزئية فتقدم الفروع ثم يذكر ما هو الأصل الجامع للفروع المتقدمة (ولا بأس بالسلم في طست أو قمعة أو خفين أو نحو ذلك إذا اجتمع فيها شرائط السلم وإلا فلا خير فيه) أي لا يجوز لأن الجواز خير فينتفى . قال (وإن استصنع شيئا من ذلك بغير ذكر الأجل جاز الخ) الاستصناع هو أن يسمى إنسان إلى صانع فيقول اصنع لي شيئا صورته كذا وقدره كذا بكذا درهمًا ويسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم ، وهو لا يخلو إما أن يكون كفا فيه تعامل ، وإليه أشار بقوله شيئا من ذلك : أي بما تقدم من طست وقمعة وخفين أولا . والثاني لا يجوز قياسا واستحسانا كما سيحییء والأول يجوز استحسانا والقياس يقتضي عدم جوازه لأنه بيع المعلوم ، وقد نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم ، وهذا ليس بسلم لأنه لم يضرب له أجل ، إليه أشار قوله بغير أجل . وجه الاستحسان الإجماع الثابت بالتعامل ، فإن الناس في سائر الأعصار تعارفوا الاستصناع كفا فيه تعامل من غير تكبير ، والقياس يترك بمثله كدخول الحمام ، ولا يشكل بالمرارة فإن فيها للناس آملا ، وهي فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الخلاف فيها كان ثابتا في المصدر الأول دون الاستصناع . واختلفوا في جوازه هل هو بيع أو علة ، والصحيح أنه بيع لاعدة ، وهو مذهب عامة مشايخنا ، وكان الحاكم الشهيد يقول : هو مواعدة يتعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغا ، ولهذا ثبت لكل واحد منهما الخيار . وجه العامة أنه مباح في الكتاب بيحا وأثبت فيه خيار الرؤية ، وذكر القياس والاستحسان ولأنه يجوز كفا فيه تعامل لافيا لتعامل فيه ، كما إذا طلب من الحائك أن ينسج له ثوبا يغزل من عنده أو الخياط أن يخطط له قميصا بكذا من عنده ، والمواعدة يجوز في الكل ، وثبوت الخيار لكل منهما لا يدل على المواعدة ، ألا ترى أنها إذا تباعا عرضا بعرض ولم يركل واحد منهما ما اشتراه فإن لكل واحد منهما الخيار وهو بيع محض لا محالة .

(قوله ولهذا يثبت لكل واحد منهما الخيار) أقول : أي في رواية عن أبي حنيفة (قوله ألا ترى أنها إذا تباعا الخ) أقول والحاكم الشهيد أن يقول فيما ذكرتم كل واحد مشتر لما لم يره فخير لذك ، وفيما نحن فيه لا يمكن أن يحمل الصانع مشتر لما لم يره فلا وجه للخيار إلا ما قررناه فاعمل .

والمعلوم قد يعتبر موجودا حكما . والمعقود عليه العين دون العمل . حتى لو جاء به مفروغا لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ،

كما لو قال احمل طعامك من هذا المكان إلى مكان كذا بكذا . أو اصنع ثوبك . أحر بكذا لا يصح ولا يبيأ لأنه بيع معلوم ، ولو كان موجودا مملوكا لغير العاقد لم يجوز . فإذا كان معلوما فهو أولى بعدم الجواز . ولكننا جوزناه استحسانا للتعامل الرجوع إلى الإجماع العملي من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليوم بلا تكثير . والتعامل بهذه الصفة أصل مندرج في قوله صلى الله عليه وسلم لا تجتمع أمتي على ضلالة ، وقد استصنع رسول الله صلى الله عليه وسلم خاتما . واحتجتم صلى الله عليه وسلم وأعطي الحجام ، مع أن مقدار عمل الحجامة وعدد كرات وضع المحاجم ومصها غير لازم عند أحد . ومثله شرب الماء من السقاء . وسمع صلى الله عليه وسلم بوجود الحمام فأباحه بمنزلة لم يبين له شرطا . وتعامل الناس بدخوله من لدن الصحابة والتابعين على هذا الوجه الآن . وهو أن لا يدكر عدد ما يصبه من ماء الطاسة ونحوها فقصرناه على ما فيه تعامل . وفيها لا تعامل فيه رجعتا فيه إلى القياس كأن يستصنع خاتما أو خيطا لينسج له أو يخط قميصا بغزل نفسه . ثم اختلف المشايخ أنه مواعدة أو معاودة : فالحاكم الشهيد والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المتثور مواعدة ، وإنما ينقد عند الفراغ بيعا بالتعاطي ولهذا كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم ، وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه . ولا تلزم المعاملة وكذا المزارعة على قول أبي حنيفة لفسادها مع التعامل لثبوت الخلاف فيها في المصدر الأول ، وهذا كان على الاتفاق . والصحيح من المذهب جوازه بيعا لأن عمدا ذكر فيه القياس والاستحسان وهما لا يجريان في المواعدة . ولأنه جوزته فيما فيه تعامل دون ما ليس فيه . ولو كان مواعلة جاز في الكل ، وسماه شراء فقال : إذا رآه المستصنع فهو بالخيار لأنه اشترى ما لم يره . ولأن الصانع يملك الترواح بقبضها ولو كانت مواعيد لم يملكها وإثبات أبي اليسر الخيار لكل منهما لا يدل على أنه غير بيع ، ألا ترى أن في بيع المقاضية لو لم ير كل منهما عين الآخر كان لكل منهما الخيار . حين لزم جوازه علمنا أن الشارع اعتبر فيها المعلوم موجودا وفي الشرع كثير كذلك كطهارة المستحاضة وتسمية الذابح إذا نسيهاو الرهن بالدين الموعود وقراءة المأموم . وقوله والمعقود عليه العين دون العمل) نفي لقول أبي سعيد البردعي المعقود عليه العمل لأن الاستصناع ينفي عنه كمالنا ، والأديم والصرم بمنزلة

فإن قيل : كيف يجوز أن يكون بيعا وللمعلوم لا يصلح أن يكون مبيعا . أجاب (بأن المعلوم قد يعتبر موجودا حكما) كالناسي للتسمية عند النسخ ، فإن التسمية جعلت موجودة لعنر النسيان . والطهارة للمستحاضة جعلت موجودة لعنر جواز الصلوات ثلاثا تنصاعف الواجبات ، فكذلك المستصنع المعلوم جعل موجودا حكما للتعامل . فإن قيل : إنما يصح ذلك أن لو كان المعقود عليه هو العين المستصنع والمعقود عليه هو الصنع . أجاب (بأن المعقود عليه هو العين دون العمل ، حتى لو جاء به مفروغا لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز) وفيه نفي لقول أبي سعيد البردعي فإنه يقول : المعقود عليه هو العمل لأن الاستصناع طلب الصنع وهو العمل . وعورض بأنه لو كان بيعا لما بطل بموت أحد المتعاقدين لكنه يبطل بموت أحدهما ، ذكره في جامع قاضيهان . وأجيب بأن الاستصناع شها بالإجارة من حيث أن فيه طلب الصنع وهو العمل ، وشها بالبيع من حيث أن

(قوله فإن قيل : إنما يصح ذلك الخ) أقول : الحصر ممنوع ، فإنه يجوز أن يجبر الصنع المعلوم موجودا ، إلا أن يقال : للشارع إليه بقوله ذلك كونه بيعا لا اعتباره موجودا ،

ولا يتعين إلا بالاختيار ، حتى لو باعه الصانع قبل أن يراما للمستصنع جاز ، وهذا كله هو الصحيح . قال (وهو بالخيار إذا رآه ، إن شاء أخذه ، وإن شاء تركه) لأنه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع ، كذا ذكره في المبسوط وهو الأصح . لأنه باع ما لم يره . وعن أبي حنيفة رحمه الله أن له الخيار أيضا لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وغيره . وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما . أما الصانع فلما ذكرنا . وأما المستصنع فلأن في إثبات الخيار له إضرارا بالصانع لأنه ربما لا يشتره غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه للناس كالثياب لعدم المحوز وفيما فيه تعامل إنما يجوز إذا أمكن إعلامه بالوصف ليتمكن التسليم ، وإنما قال بغير أجل لأنه لو ضرب الأجل فيها فيه تعامل يصير سلما عند أبي حنيفة خلافا لهما ، ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق . لهما أن اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قصيته ويحمل الأجل على التعجيل :

الصنع ، والدليل عليه ما ذكرناه من قول محمد لأنه اشترى ما لم يره : ولذا لوجاه به مفروغا لامن صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز ، وإنما نطله بموت الصانع لشبهه بالإجارة . وفي النخبة : هو إجارة ابتداء بيع انهاء ، لكن قبل التسليم لا عند التسليم بدليل أنهم قالوا : إذا مات الصانع يبطل ولا يستوفى المصنوع من تركته ، ذكره محمد في كتاب البيوع . فإذن قيل : لو انعقد إجارة أجبر الصانع على العمل والمستصنع على إعطاء المسمى .

المقصود منه العين المستصنع ، فلشبهه بالإجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه القياس والاستحصان وأثبتنا خيار الرؤية ولم نوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد كما في البيع . فإن قيل : أي فرق بين هذا وبين الصباغ ، فإن في الصنع العمل والعين كما في الاستصناع وذلك إجارة محضة . أجب بأن الصنع أصل والصباغ آله فكان المقصود فيه العمل وذلك إجارة وردت على العمل في عين المستأجر ، وهاهنا الأصل هو العين المستصنع المملوك للصانع فيكون بيعا ، ولما لم يكن له وجود من حيث وصفه إلا بالعمل أشبهه بالإجارة في حكم واحد لا غير (ولا يتعين) المستصنع (إلا باختيار) المستصنع (حتى لو باعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز وهذا كله) أي كونه بيعا لعدة . وكون المعقود عليه هو الثمن دون العمل وعدم تعيينه إلا باختياره (هو الصحيح) وهو احتراز عما قيل في كل منها على خلاف ذلك . قال (وهو بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه الخ) أي المستصنع بعد الرؤية بالخيار إن شاء أخذه وإن شاء تركه لأنه اشترى ما لم يره ومن هو كذلك فله الخيار كما تقدم ولا خيار للصانع ، كذا ذكره في المبسوط ، فيجبر على العمل لأنه بائع ما لم يره ومن هو كذلك لا خيار له . وهو الأصح بناء على جعله بيعا لعدة . وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا إن شاء فعل وإن شاء ترك دفعا للضرر عنه لأنه لا يمكنه تسليم المعقود عليه إلا بضرر وهو قطع الصرم وإتلاف الخيط . وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما . أما الصانع فلما ذكرنا أولا ، وأما المستصنع فلأن الصانع أتلف ماله بقطع الصرم وغيره ليصل إلى بدله ، فلو ثبت له الخيار تضرر الصانع لأن غيره لا يشتره بمثله ، ألا ترى أن الواطع إذا استصنع منبرا ولم يأخذه فالعاب لا يشتره أصلا . فإن قيل : الضرر حصل برضاه فلا يكون معتبرا . أجب بجواز أن يكون الرضا على ظن أن المستصنع مجبور على القبول فلما علم اختياره عدم رضاه . فإن قيل : ذلك لجهل منه وهو لا يصلح عذرا في دار الإسلام . أجب بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار

(قوله) وعن أبي يوسف أنه لا خيار لهما ، أما العائن فلما ذكرنا (أقول : ذكره قبل أسطر وهو قوله لأنه بائع ما لم يره (قوله) اختيار بعض المتأخرين (الخ) أقول : بل هو ظاهر الرواية عن أئمتنا ، إلا أنه لا متغلة بينهما فتمام .

بخلاف مالا تعامل فيه لأنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح . ولأن حنيفة أنه دين يحتمل السلم . وجواز السلم بإجماع لأشبهه فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم أولى . والله أعلم .

أجب بأنه إن لم يجز للصانع لأنه لا يمكنه إلا بإتلاف عين له من قطع الأديم ونحوه . والإجارة تفسخ ففسخ بهذا العذر ؛ ألا ترى أن المزارع له أن لا يعمل إذا كان البئر من جهته . وكذا رب الأرض لأنه لا يمكنه المضى بهذه الإجارة إلا بذلك والمستصنع ولو شرط تعجيله لأن هذه الإجارة في الآخرة كمشراء مالم يره . ولأن جواز الاستصناع للحاجة وهي في الجواز لا الزوم ، ولذا قلنا للصانع أن يبيع المصنوع قبل أن يراه المستصنع لأن العقد غيظ لازم وأما بعد ما رآه فالأصح أنه لا خيار للصانع . بل إذا قبله المستصنع أجبر على دفعه له لأنه بالآخرة بائع . والله أعلم .

الإسلام علم أقوال جميع المجتهدين . وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها لا في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين ، وفيه نظر لأن غير الأب والجد إذا زوج الصغيرة بحرّم بلغت فإن لها خيار البلوغ . فإن سكنت لجهلها بأن لها الخيار بطل خيارها لأن الجهل في دار الإسلام ليس بعذر مع أنه ليس من الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها ، ولا يجوز الاستصناع فيها لاتعامل فيه كما ذكرنا من الثياب والقمصان إبقاء له على القياس السالم عن معارضة الاستحسان بالإجماع . وقوله بغير أجل في أول المسئلة احتراز عما إذا ضرب له أجل فيها فيه تعامل فإنه حينئذ يكون سلماً عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما . وأما إذا ضرب الأجل فيها لاتعامل فيه فإنه يصير سلماً بالاتفاق ، والمراد بضرب الأجل ما ذكره على سبيل الاستمهال ، أما المذكور على سبيل الاستعجال بأن قال على أن يفرغ غداً أو بعد غد لا يصيره سلماً لأن ذكره حينئذ للفرغ لا لتأخير المطالبة بالتسليم ويحكي عن المتأواني أن ذكر المدة إن كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير به سلماً ، وإن كان من قبل الصانع فهو سلم لأنه يذكره على سبيل الاستمهال ، وفيما إذا صار سلماً يعتبر شرائط السلم المذكورة لهما في الخلافة أن اللفظ حقيقة في الاستصناع . وتقريره أن ذكر الاستصناع يقتضي أن لا يكون سلماً لأن اللفظ حقيقة فيه وهو ممكن العمل ، وذكر الأجل يقتضي أن يكون سلماً لكنه ليس بمحمك فيه بل يحتمل أن يكون للتسجيل . وإذا كان كذلك فقد اجتمع الحكم والمحمك فيحمل الثاني على الأول (بخلاف مالا تعامل فيه فإنه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ، ولأن حنيفة رحمه الله أنه دين يحتمل السلم) وتقريره : لا نسلم أن اللفظ محكم في الاستصناع ، فإن ذكر الأجل أدخله في حيز الاحتمال ، وإذا كان محتملاً للأمرين كان محله على السلم أولى لأن جوازه بالإجماع بلا شبهة فيه (وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة) يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة ، ولأن السلم ثابت بأية المدابنة والسنة دون الاستصناع .

(قوله وفيه نظر لأن غير الأب البع) أقول : لا يخفى عليك أن مآل هذا النظر التكلم على السنت الأخص وأنه لا يحدى نقماً (قوله بغير شرائط السلم) أقول : من تعجيل رأس المال واستقصاء الوصف وعدم جواز خيار الرؤية (قوله يريد به أن في فعل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة) أقول : ظاهره . تخالف لما أسلفه في صحيفة ١١٦ من الفرق بين الاستصناع والزراعة ، ثم أقول : قال الإفتائي في تحليل الشبهة : لأن الثاني ينكر الاستصناع انتهى . وأنت غير بأن قول الشارح أقرب من قول الإفتائي .

(مسائل مثورة)

قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع ، المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) وعن أبي يوسف أنه لا يجوز بيع الكلب العقور لأنه غير منتفع به . وقال الشافعي : لا يجوز بيع الكلب ، لقوله

(مسائل مثورة)

المسائل التي تشذ عن الأبواب المتقدمة فلم تذكر فيها إذا استدركت سميت مسائل مثورة : أي متفرقة عن أبوابها (قوله ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع ، المعلم وغير المعلم في ذلك سواء) هكذا أطلق في الأصل : فشى بعضهم على إطلاقه كالقدوري . وفي نوادر هشام عن محمد : نص على جواز بيع الكلب العقور وتضمنين من قتله قيمته : وروى الفضل بن غانم عن أبي يوسف نصه على منع بيع العقور . وعلى هذا مثنى في الميسوط فقال : يجوز بيع الكلب إذا كان بحال يقبل التعليم . ونقل في النوادر أنه يجوز بيع الجرو لأنه يقبل التعلم ، وإنما لا يجوز بيع الكلب العقور الذي لا يقبل التعلم ، وقال : هذا هو الصحيح من المنهج . قال : وهكذا نقول في الأسد إذا كان يقبل التعلم ويصطاد به يجوز بيعه ، وإن كان لا يقبل التعلم والاصطياد به لا يجوز . قال : والفهد والبازي يقبلان التعلم فيجوز بيعهما على كل حال انتهى . فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز بيع النمر بحال لأنه لشرة لا يقبل تعليما . وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة : رواية الحسن الجواز ، ورواية أبي يوسف بالمنع . وقال أبو يوسف : أكره بيعه لأنه لا منفعة له إنما هو للهو وهذه جهة محرمة : وجه رواية الجواز أنه يمكن الانتفاع بجلده وهذا هو وجه رواية إطلاق بيع الكلب والسباع فإنه مبنى على أن كل ما يمكن الانتفاع بجلده أو عظمه يجوز بيعه . ويجوز بيع الهريرة لأنها تصطاد الفأر والحوام المؤذية فهي منتفع بها ، ولا يجوز بيع حوام الأرض كالخنافس والمقارب والفأرة والنمل والوزغ والقناذل والضب ، ولا حوام البحر كالضفدع والسرطان . وذكر أبو الليث أنه يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها في الأدوية وإن لم ينتفع فلا يجوز ، ويجوز بيع الدهن النجس لأنه ينتفع به للاستصباح فهو كالسرقين ، وأما العذرة فلا ينتفع بها إلا إذا خلطت بالتراب فلا يجوز بيعها إلا تبعا للتراب المخاوط . بخلاف الدم ينتفع مطلقا (قوله وقال الشافعي : لا يجوز بيع الكلب) مطلقا سواء كان للصيد أو لم يكن . وأما اقتناؤه

(مسائل مثورة)

أي هذه مسائل من كتاب البيوع نثرت عن أبوابها ولم تذكر في فاستدركت بذكرها هاهنا . قال (ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع) بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز معلما كان أو غير معلم في رواية الأصل : أما الكلب المعلم فلا شك في جواز بيعه لأنه آلة الحراسة والاصطياد فيكون عللا للبيع لأنه منتفع به حقيقة وشرعا فيكون مالا . وأما غير المعلم فلا أنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد ، فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه وينع الأجنبي عن الدخول في بيته ويغير عن إغثاقي بنيانه فساوى المعلم في الانتفاع به (وعن أبي يوسف أن بيع الكلب العقور) أي الجارح (لا يجوز لأنه غير منتفع به) ولأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن إمساكه وأمر بقتله . قلنا : كان قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزروع (وقال الشافعي : لا يجوز بيع الكلب ، لقوله

(مسائل مثورة)

عليه الصلاة والسلام « إن من السحت مهر البقيّ وثمن الكلب » ولأنه نجس العين والنجاسة تشمر بهوان المحل وجواز البيع يشمر بإعزازه فكان متفيا . ولنا « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية »

للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالإجماع . لكن لا ينبغي أن يتخذه في داره إلا إن خاف لصوصا أو أعداء للحديث الصحيح « من أقتنى كلبا إلا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراطان » وجه قوله ما روى ابن حبان في صحيحه عن حماد بن سلمة عن قيس بن سعد عن عطاء بن أبي رباح عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إن مهر البقيّ وثمن الكلب وكسب الحجام من السحت » وأخرجه الدارقطني بسندين فيما ضعف . وفي الصحيحين عن أبي مسعود الأنصاري « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البقيّ وحلوان الكاهن » . وفي صحيح مسلم عن جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم زجر عن ثمن الكلب » (ولأنه نجس العين والنجاسة تشمر بهوان المحل والبيع برفقته) فلا يجتمعان . وعارضه المصنف بوجهين : أحدهما « أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية » وهو غريب بهذا اللفظ . نعم أخرج الترمذي عن أبي هريرة قال : « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب إلا كلب صيد » وضعفه الترمذي قال : وقد روى أيضا عن جابر مرفوعا ولا يصح إسناده : والأحاديث الصحيحة ليس فيها هذا الاستثناء . لكن روى أبو حنيفة في سننه عن الميمون عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : « أرخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثمن كلب الصيد وهذا سند جيد ، فإن الميمون ذكره ابن حبان في الثقات من أثبات التابعين : فهذا الحديث على رأيهم يصلح تخصيصا والمخصص بيان للمراد بالعام فيجوز وإن كان دونه في القوة عندهم ، حتى أجازوا تخصيص العام القاطع بغير الواحد ابتداء فبطل مدعاهم من عموم منع البيع . ثم دليل التخصيص بما يعال ويخرج من العام مرة أخرى ، وتعليل إخراج كلب الصيد ساطع أنه لكونه متفعا به ، وخصوص الاصطيد ما لم يذ لا يظهر موجب

صلى الله عليه وسلم « إن من السحت مهر البقيّ وثمن الكلب » (السحت : هو الحرام . والبقيّ : الزانية فعيل بمعنى فاعل وترك التاء إلحاقا بفعيل بمعنى مفعول كقولهم ملحفة جديد (ولأنه نجس العين) بدلالة نجاسة سوؤه فإنه متولد من اللحم ، وما كان كذلك لا يجوز بيعه لأن النجاسة تشمر بهوان المحل ، وجوازه البيع بإعزازه فكانا متافيين والنجاسة ثابتة فكان البيع متفيا (ولنا « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية ») وهي التي تحرم الماشي . واعترض بأن الدليل أخص من المدعى ، فإن المدعى جواز بيع الكلاب مطلقا ، والدليل يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير . وأجيب بأن ذكره لإبطال شمول العلم الذي هو مدعى الخصم ، وأما إثبات المدعى فثبت بحديث ذكره في الأسرار برؤية عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما من غير تخصيصه بنوع . وفيه نظر لأن الطحاوي حدث في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما » وهذا مخصوص بنوع كما ترى . وقيل الاستدلال

(قوله وترك التاء إلحاقا بالفتح) أقول : ويجوز أن يكون ترك التاء فيه كترك التاء في حامل وحائض (قوله كقولهم ملحفة جديد) أقول : ويجوز أن يكون ترك التاء فيه على تأويل اللسعة بالحاء (قوله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في كلب بأربعين درهما بالفتح) أقول : ولو سلم فهذا حكاية حال فلا عموم له .

ولأنه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا يجوز بيعه ، بخلاف الهوام المؤذية لأنها لا ينتفع بها ، والحديث محمول على الابتداء قلعا لم عن الاقتناء

لذلك قصر الكلب المنتفع به خارجا سواء انتفع به في صيد أو حراسة ماشية وخرج العقور . ومن مشى من أهل المذهب على التعميم في جواز بيع الكلب يقول : كل كلب تتأق منه الحراسة فيجوز بيع الكل . ويرد عليه أنه حينئذ نسخ لموجب العام بالتعميل ولا نسخ بقياس : فالوجه أن يعطل دليل التخصيص بنفع لاثربو عليه مفسدة ، ويدعى في العقور أن مفسدته تروبو على منفعة حراسته لأن منفعتها خاصة يقرن بها ضرر عام للناس فيخرج ماسواه . وقصر بعض الشارحين نظره على الحديث فحكم بأنه ليس دليلا على المذهب بل ذكره لنفي مذهب الخصم : أعني شمول المنع فيحتاج بعده إلى دليل المذهب وليس إلا الوجه الثاني ، وعلى تقريرنا أيام الأول أيضا . وقد استدل في الأسرار وغيره من الشروح على عموم بيع الكلب بأن عبد الله بن عمرو بن العاص روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى في كلب بأربعين درهما ، ولم يخصص نوعا من أنواع الكلاب . وهذا الحديث أولا لا يعرف إلا موقوفا حدث به الطحاوي عن يونس وهو ابن عبد الأعلى عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبد الله بن عمرو أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى في كلب ماشية بكيش . وثانيا هو واقعة حال لا توجب العموم في أنواع الكلاب فيجعلها دليلا على العموم خطأ ظاهرا . ثانيهما هو قوله (ولأنه ينتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا) يعني مالا مملوكا متقوما . أما كونه مالا فلأن المال اسم لغير الآدى تخلق لمنفعة المطلقة شرعا ، وهذا كذلك فكان مالا ، وأما أنه مملوك متقوم فلهذا محرز مأثور شرعا

يدل على جواز بيع الكلب المعام وغيز المعام سوى العقور والحديث يدل على الأول والثاني ماحق به دلالة (ولأنه منتفع به حراسة واصطيادا) لف ونشر (فكان مالا فيجوز بيعه) . واعترض بوجهين : أحدهما أن الانتفاع بمنافع الكلب لأبعيته ، وذلك لا يدل على مالية عينه كالأدى ينتفع بمنافه بالإجارة وهو ليس بمال . والثاني أن شعر الخنزير ينتفع به الأساكفة وليس بمال . وأجيب عن الأول بأن الانتفاع بمنفعة الكلب يقع تبعا لملك العين لا قبضها في المنفعة : ألا ترى أنه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فجري مجرى الانتفاع بمنافع العبد والأمة وجميع مالا يؤكل لحمه . وعن الثاني بأن الخنزير محرم العين شرعا فثبت الحرمة في كل جزء وسقط القوم والإباحة لضرورة الخرز لاكتل على رفع الحرمة فيما عداها كإباحة لحمه حالة الخمصة . وإذا ثبت أن مناط الحكم الانتفاع ثبت في الفهد والحر والذئب ، بخلاف الهوام المؤذية كالحيات والعقارب والزناير لأنها لا ينتفع بها (قوله والحديث محمول) جواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروى ، وتقريظه ما روى عن إبراهيم أنه قال : روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رخص في ثمن كلب الصيد ، وذلك دليل على تقدم نهي التنسخ ، فلهزم كانوا ألفوا اقتناء الكلاب ، وكانت تؤذى الضيفان والغرباء فقوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمرؤا بقتل الكلاب ونهوا عن بيعها تحفيقا للرجوع عن العادة المسالوفة ، ثم رخص لهم بعد ذلك في ثمن ما يكون منتفعا به من الكلاب . فالحديث الذي رواه هو الذي كان في الابتداء ، ويجوز أن يقال : الحديث مشترك الإلزام لأنه قال ثمن الكلب والثن في الحقيقة لا يكون

(قوله ويجوز أن يقال الخ) أقول : أنه في الجواب عن استدلال الشافعي بالحديث المروى (قوله والثن بالحقيقة لا يكون الخ) أقول : له أن يقول إطلاق الثمن مجاز لكونه مصورا بصورته ، وقرينة الجواز قوله عليه الصلاة والسلام « إن من السمات » كما في مهرا البني وفي حرم بيعها وأكل ثمنها .

ولا نسلم نجاسة العين ، ولو سلم فيحرم تناول دون البيع . وقال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام «إن الذي حرم شرها حرم بيعها وأكل ثمنها» ولأنه ليس بمال في حقنا ،

في الانتفاع به ، والمالك يثبت بالأحرار بدار الإسلام والتقوم بالتقوى ، وكلاهما مأذون فيه شرعا إذ قد أذن الشرع في اقتناء كلب الماشية والصيد ، وإذا كان كذلك جاز بيعه . ولا يخفى أن هذا المعنى لا يرجع على النص الصريح الصحيح . غاية ما في الباب أن يسلم أنه مال محرم متقوم لكن ثبت منع الشرع من بيع هذا النوع من المال . فأجاب المصنف بادعاء نسخ المنع من ذلك ، وذلك لما قلنا أول الكتاب من أن الأمر بقتل الكلاب كان أمرا محققا في الأول من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم علم نسخ ذلك برواية ترك قتلها على ما حدث الطحاوي عن أبي بكره قال : حدثنا سعيد بن عامر قال : حدثنا شعبة عن أبي التياح عن مطرف عن عبد الله بن المغفل قال : «أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ، ثم قال : مالى وللكلاب ؟ ثم رخص في كلب الصيد وفي كلب آخر نسيه سعيد . ولهذا المعنى طرق كثيرة وجب حمل ما روى من التشديد في سورها والنهي عن ثمنها وبيعها ثم الترخيص في بيع النوع الذي أذن في اقتنائه ، الأول على الحالة الأولى والثاني على الثانية ، فكان منع البيع على العموم منسوخا بإطلاق بيع البعض بالضرورة : وأجاب عن قوله نجس العين بالمنع بدليل إطلاق الانتفاع به . قال (ولو سلم فتجاسة عينه توجب حرمة أكله لا منع بيعه) بل منع البيع بمنع الانتفاع شرعا ، ولهذا أجزأنا بيع السرقين والبر مع نجاسة عينهما لإطلاق الانتفاع بهما عندنا ، بخلاف العنزة لم يطلق الانتفاع بها فنع بيعها ، فإن ثبت شرعا إطلاق الانتفاع غلوطة التراب ولو بالاستهلاك كالأستصباح بالزيت النجس كما قيل جاز بيع ذلك التراب التي هي في ضمنه ، وبه قال ، شايخنا . وإنما امتنع بيع الخمر لنص خاص في منع بيعها وهو قوله صلى الله عليه وسلم فيها أخرج مسلم عن عبد الرحمن بن وعله قال : سألت ابن عباس عما يعصر من العنب ، فقال ابن عباس رضي الله عنهما «إن رجلا أهدى إلى النبي صلى الله عليه وسلم راوية خمر ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل عامت أن الله حرم شرها ؟ قال : لا ، قال : فسار إنسانا ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : بم سارته ؟ قال : أمرته ببيعها ، فقال : إن الذي حرم شرها حرم بيعها ، قال ففتح المزادة حتى ذهب ما فيها ، وأخرج البخاري عن جابر أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام الفتح يقول وهو بمكة «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، فقيل : يا رسول الله أرايت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدفن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ قال : لا ، هو حرام ، ثم قال : قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجلوه فباعوه وأكلوا ثمنه » وهذا يتم به

إلا في المبايع (قوله ولا نسلم نجاسة العين) جواب عن استدلاله بالمعقول بالمنع ، فإن تمليكك في حالة الاختيار يجوز بالهبة والوصية وليس نجس العين كذلك ، ولو سلم فيحرم تناول دون التبيع كالسرقين عندنا على ما سيأتي . قال (ولا يجوز بيع الخمر والخنزير النجس) بيع الخمر والخنزير للمسلم غير جائز ، يعني أنه باطل ، وتقدم وقوعهما مبيعا وثمنا وما يترتب على ذلك في البيوع : واستدل بقوله صلى الله عليه وسلم «إن الذي حرم شرها حرم بيعها وأكل ثمنها» قال محمد في كتاب الآثار : أخبرنا أبو حنيفة قال : حدثنا محمد بن قيس «أن رجلا من ثقيف بكى أبا عامر كان يهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم كل عام راوية من خمر ، فأهدى إليه في العام الذي حرمت راوية كما كان يهدى ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : يا أبا عامر إن الله تعالى قد حرم الخمر فلا حاجة لنا بمحرمك ، قال : فخذها يا رسول الله فبعها واستغن بثنائها على حاجتك ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم :

وقد ذكرناه . قال (وأهل النمة في البياعات كالمسلمين) لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث « فأعلمهم أن لم مالم للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » ولأنهم مكلفون محتاجون كالمسلمين . قال (إلا في الخمر والخنزير خاصة) فإن عقدهم على الخمر كمقد المسلم على العصير ، وعقدهم على الخنزير كمقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم ، ونحن أمرنا بأن تركهم وما يعتقدون . دل عليه قول عمر : ولوهم بيعها وخلوا العشر من أثمانها . قال (ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف

شرح المسئلة المذكورة بعد هذه المسئلة . وقوله (وقد ذكرناه) يعني في باب البيع الفاسد ويقوم إشكالا على جواز بيع السرقين ، اللهم إلا أن يقال : لاشك أنه لا بد من تقدير في نحو : حرمت الخمر ، فإننا بينا في الأصول أن التحريم المضاف إلى الأعيان تقدر إضافته إلى ما هو المقصود من ذلك العين كالشرب من الخمر والأكل من الميتة واللبس من الحرير ، فقوله صلى الله عليه وسلم في حديث « إن الله إذا حرّم شيئا » يعني إذا حرّم ما هو المقصود من الشيء « حرّم بيعه وأكل ثمنه » كالمقصود من الخمر والمقصود من الميتة والخنزير وهو الأكل والشرب ، وليس هذا الحديث في السرقين فلم يثبت فيه تحريم البيع ، فإن قال النجاسة سبب ، قلنا : ممنوع فيحتاج إلى دليل آخر . أما هذا الحديث فلأنما يفيد أن تحريم ما هو المقصود من الشيء موجب لتحريم بيعه (قوله وأهل النمة في البياعات كالمسلمين) يجوز لم منها ما يجوز للمسلمين ويمتنع عليهم ما يمتنع عليهم لأنهم مكلفون بموجب البياعات والتصرفات محتاجون إلى مباشرتها ، وقد التزموا أحكامنا بالإقامة في دارنا وإعطاء الجزية فلا يجوز منهم بيع درهم بدرهمين فيها بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في صرف ، وكذا كل ما يكال ويوزن هم في البيوع كالمسلمين (إلا في الخمر والخنزير) فإنما تجز بيع بعضهم بعضا لخصوص فيه من قول عمر أخرجه أبو يوسف في كتاب الخراج عن إسرائيل بن إرياهيم عن عبد الأعلى قال : سمعت سويد بن غفلة يقول : حضر عمر بن الخطاب واجتمع إليه عماله فقال : يا هؤلاء إنه بلغني أنك تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر ، فقال بلال : أجل إنهم يفعلون ذلك ، فقال : فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خلوا الثمن منهم ، ولا تجز فيها بينهم بيع الميتة والدم . والحديث الذي ذكره المصنف في ذلك وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أعلمهم أن لم مالم للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » لم يعرف (قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الألف فقال

يا أبا عامر إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها » قال (وأهل النمة في البياعات كالمسلمين) قال محمد في الأصل : لا يجوز بين أهل النمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ، ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهم يدا بيد ولا نسيئة ولا الصرف نسيئة ولا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل يدا بيد ، وكذا كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنفا واحدا ، هم في البيوع بمنزلة أهل الإسلام . واستدل المصنف رحمه الله على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم في ذلك الحديث « فأعلمهم أن لم مالم للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » ولأنهم مكلفون يعني بالمعاملات بالاتفاق محتاجون إلى ما تبقى به نفوسهم كالمسلمين ولا تبقى الأقمص إلا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا تحصل هذه الأشياء إلا بمباشرة الأسباب المشروعة ، ومنها البيع فيكون مشروعا في حقهم كما في حق المسلمين ، إلا الخمر والخنزير فإن عقدهم عليها كالعقد على العصير والشاة في كونها أموالا متقومة في اعتقادهم ونحن أمرنا أن تركهم وما يعتقدون ، دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعناله حين حضروا إليه وقال لم : يا هؤلاء إنه بلغني أنك تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر ، فقال بلال : أجل إنهم يفعلون ذلك ، فلا تفعلوا ذلك ، ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خلوا الثمن منهم (قوله ومن قال لغيره بع عبدك من فلان) صورته أن

(قوله دل على ذلك قول عمر الخ) أقول : وسيجيء هذا الحديث في كتاب النصب أيضا (قوله فلا تفعلوا ذلك ولكن ولوا أربابها بيعها ثم خلوا الثمن منهم) أقول : مقول قول عمر رضي الله تعالى عنه .

فجعل فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسة من الضامن . وإن كان لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضمين) وأصله أن الزيادة في الثمن والمثلن جائرة عندنا ، وتلتحق بأصل العقد خلافا لزرر والشافعي لأنه تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا . ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بأن زاد في الثمن وهو يساوى المبيع بدلونها فيصبح اشتراطها على الأجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة ، فإذا قال من الثمن وجد شرطها فيصبح ، وإذا لم يقل لم يوجد فلم يصح .

بعت فهو جائز) وهو جواب لكل سواء كان قول الضامن ذلك بعد مفاوضة بين فلان وسيد العبد بألف وإياه أو ابتداء . قال في بعض الشروح : ويكون البيع بعده دلالة على القبول لأنه امتثال بذلك كقول الرجل لا رأته طائي نفسك إن شئت فقالت طلقت يجعل قبول استحسانا ، فكذا هذا . وفي بعضها ما يفيد أنه لإيجاب فإنه قال : ولو لم يكن إياه ولا مساومة وحصل لإيجاب العقد عقيب ضمان الرجل كان كذلك ، وهذا هو الصواب لأن قوله بع عبدك أمر ولفظه الأمر لا تكون في البيع لإيجابا على ما مر من أنه لو قال بعني هذا بكذا فقال بعت لا ينعقد حتى يقبل الآخر بعده ، بخلاف طائي نفسك في التوقيض في الخلع فلا بد أن المشتري يقول بعت من البائع اشتريت أو معناه على ما سلف هناك ، ولو لم يقل من الثمن فباع جاز البيع بألف فقط لأنه إذا قال من الثمن فقد أضاف التزامه زيادة خمسة في الثمن إلى بيعه ، والزيادة في الثمن جائرة عندنا خلافا لزرر والشافعي رحمهما الله . والضمائم جائز الإضافة فقد وجد المقتضى للزوم بلا مانع . وإذا لم يقل من الثمن لم ياتزم الخمسة من الثمن بل التزم ما لا يعطيه إياه إن باعه بألف ، وهذه رشوة إذ لم تقابل بالمبيع حيث لم يقل من الثمن فينقذ بألف فقط ، ثم في الأول إن كان بأمر المشتري كان له أن يجبس المبيع حتى يأخذ الخمسة من الضامن لأن البيع على المشتري صار بألف وخمسة ، والمشتري أن يرايح على ألف وخمسة ، ولو كانت دارا ولها شفع أخضاها بألف وخمسة . ولو رد

يطلب إنسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع إلا بألف وخمسة والمشتري لا يرغب فيه إلا بألف فيجىء آخر ويقول لمصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف على أني ضامن لك خمسة من الثمن سوى الألف فهو جائز ويأخذ الألف من المشتري والخمسة من الضامن ، وإن لم يقل من الثمن جاز البيع بألف ولا شيء على الضامن . والفرق بينهما ما ذكره بناء على الأصل المأثور (أن الزيادة في الثمن والمثلن جائرة عندنا وتلتحق بأصل العقد خلافا لزرر والشافعي رحمهما الله ، لأنه) أى الإلحاق (تغيير للعقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع وهو كونه عدلا أو خاسرا أو رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بتلك الزيادة شيئا بأن زاد في الثمن وهو يساوى المبيع بدلونها) فصار الفضل في ذلك كبذل الخلع في كونه لا يدخل في ملك المرأة في مقابلته شيء فجاز اشتراطه على الأجنبي كهو ، لكن لا بد من تسمية الزيادة لتحقق المقابلة صورة وإن فأت معنى ليخرج عن حيز الحرية ، فإذا قال من الثمن وجد الشرط فيصبح ، وإذا لم يقل صار ذكر خمسة من الضامن رشوة منه على البيع بما سمي من المال ، والرشوة حرام لا تلتزم بالضامن . واعترض بأوجه : لأول كيف يجب شيء من الثمن عليه ولم يدخل في ملكه شيء من المفقود عليه : الثاني لو كان خمسة نمنا لتوجهت المطالبة بها على المشتري ويحمل عنه الضامن ولم توجه عليه بالاتفاق : الثالث أن أصل الثمن لا يجوز أن يجب على الأجنبي والمبيع لغيره فكذلك الزيادة ، والفكر الصائب في أصل هذه المسئلة يعني عن هذه الأسئلة والجواب عنها ، ولا بأس بتكرار ذلك للتحقيق ، فإن ورود السؤال

قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) لوجود سبب الولاية ،

بعب أو تقايلا فالبايع يرد الألف على المشتري والخمسة على الضامن ، ولو كان بغير أمره لم تثبت الزيادة في حق المشتري فليس للبايع حبس المبيع على الخمسة ويراجع على ألف ويأخذها الشفع بألف : ولو تقايلا أو ردت بعب أو تقايلا البيع فلا أجنبي أن يسترد الخمسة . فإن قيل : ينبغي أن لا يصح هذا لأن الشراء على أن الثمن على الأجنبي لا يجوز فكذلك أن يكون قبضه عليه : أجاب الكرخي بمنع كون الشراء على أن الثمن على الأجنبي لا يجوز إذ لا رواية فيه عن أصحابنا : وتعبه الرازي بأن عمدا نص على أنه إذا اشترى بدين له على غير البايع لا يجوز لأنه شرط في البيع كون تسليم الثمن على المشتري ، فأولى أن لا يجوز إذا كان أصل الثمن على غير المشتري ، ثم اختار أن القياس أن لا يجوز ولكن تركناه بمعنى حديث أبي قتادة وفي الذي امتنع النبي صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه للدين الذي عاياه فالترمه أبو قتادة رضى الله عنه فصلى عاياه فقد ألزم ديناً لا في مقابلة شيء يحصل للمأثم وهذه الزيادة من الأجنبي كذلك إذ لم يحصل للأجنبي في مقابله شيء . ودفع بأنه لو كان بالنظر إلى مقتضى هذا الحديث لزم جواز اشتراط كل الثمن على الأجنبي ولا يجوز ذلك : فالجواب هو ما ذكره المصنف أن هذه الزيادة لها شبه ببطل الخلع حيث لم يكن في مقابله شيء يسلم للمأثم وبطل الخلع يجوز اشتراطه على الأجنبي : وقد يقال : هذا التعليل قاصر ، فإن الزيادة كما لا تكون في مقابلة شيء تكون في مقابلة شيء ، ووجودها في مقابلة شيء أكثر أحوال العقد ، فإن أحواله ثلاثة : كونه خاسراً ، وراجحاً ، وعدلاً : وكونها لا في مقابلة شيء في وجه من الثلاثة ، وهو كونه راجحاً فلا يجوز اعتبار الأقل بل الواجب اعتبار الحال الأغلبية في المشابهة خصوصاً إذا كان يبنى عليها حكم شرعي ، فالأولى ما قيل إن الزيادة ثبتت تبعاً فبما أن تثبت على الغير بخلاف أصل الثمن الثابت مقصوداً : فإن قيل : لو ثبتت الزيادة ثمناً والأجنبي ضامن لها لزم جواز مطالبة المشتري بها كالكفيل : قلنا : لا يلزم من صحة الكفالة توجه المطالبة على الأصل ، ألا ترى أن من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طوّل الكفيل بها دون فلان فبما هنا كذلك ، وذلك لأن المشتري لم ياتزمها وإنما ألزم هذا القدر من الثمن الأجنبي والحكم لا يثبت بلا سبب (قوله ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز) ووطئ الزوج قبض من المشتري خلافاً للأئمة الثلاثة : أما الأول فلوجود سبب ولاية الإنكاح على

إذا كان لغموض فهم أصل الكلام فجوابه تكراره ، وذلك أنا قد بينا أن فضول الثمن قد تستغنى عن أن تقابل بالمال جزءاً فجزءاً فبما أن يكون بعض الثمن خالياً عما يقابله من البذل ، كالزيادة في الثمن إذا كان المبيع يساوي الثمن بلا زيادة فتكون الزيادة على المشتري ثابتة بلا بدل ، ومثل ذلك يجوز أن يثبت على الأجنبي كبذل الخلع ، وإذا جاز ذلك بطل من التزمه لا غير ، والمأثم فيما نحن فيه الأجنبي فلا يتوجه الطلب على المشتري وظهر الفرق بينه وبين أصل الثمن ، فإن أصل الثمن لا بد وأن يقابله شيء من المال فلا يكون كالزيادة ، وحينئذ لا يلزم من عدم جواز وجوبه على الغير عدم جواز ما لا يلزم وجوب شيء في مقابله : وقع في الكتاب والخمسة بالألف واللام في المضاف دون المضاف إليه ، وقيل لاختلاف في امتناعه : وقال ابن عصفور : بعض الكتاب يجوزون ذلك وهو قليل جداً ، وقيل إذا ورد مثل هذا ينبغي أن لا يعتد بإضافة الخمسة بل الجهر في المضاف إليه على حذف مضاف : أي الخمس خمسة . قال (ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها النخ) رجل اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها برجل فوطئها الزوج جاز النكاح (لوجود سبب الولاية) للنكاح

وهو الملك في الرقبة على الكمال وعليه المهر ، وهذا قبض) لأن وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار فعله كفعله (وإن لم يطأها فلايس قبض) والقياس أن يصير قابضا لأنه تعيب حكى فيعتبر بالتعيب الحقيقي ؛ وجه الاستحسان أن في الحقيقي استيلاء على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا .

الأمة (وهو ملك الرقبة على الكمال) بخلاف ما لو ملكها لاعل الكمال كما في ملك نصفها لاعلك الزوج به ، وإنما جاز إنكاحها قبل القبض ولم يجز بيعها قبله لأن البيع يفسد بالغرر دون النكاح ، وفي البيع قبل القبض احتمال الانفساخ بالهلاك قبل القبض ، والنكاح لا يفسخ بهلاك المعقود عليه : أعنى المرأة قبل القبض ، ولأن القدرة على التسليم شرط في البيع ، وذلك إنما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح ؛ ألا ترى أن بيع الآبق لا يصح وتزويج الآبقة يجوز . وحاصل هذا أنه تعاليل انتهى عن البيع قبل القبض ، وإذا كان كذلك لم يكن الوارد في منع البيع قبل القبض واردا في النكاح قبل القبض لثبوت بدالته : وأما الثاني فلأن وطء الزوج حصل بتسليط من المشتري فصار فعله كفعل المشتري . ولو وطأ المشتري كان قابضا فكذلك الزوج ، ولو لم يطأها الزوج لا يكون المشتري قابضا استحسانا ؛ حتى لو هلك بعد التزويج قبل الوطء هلكت من مال البائع . والقياس أن يصير قابضا بمجرد التزويج وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ، حتى إذا هلك بعد ذلك هلكت من مال المشتري لأن التزويج تعيب منه للمبيع ، وكذا يثبت خيار الرد إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج ، والمشتري إذا عيب المبيع يصير قابضا له . وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها فعل حتى من المشتري والتزويج تعيب حكى بمعنى تقابل الرغبات فيها فكان كتنقضان السعر له وكالاتزام منه عليها بدين ، والمشتري إذا أقر بدين على العبد المبيع لا يصير بذلك قابضا فكذلك مجرد التزويج ، بخلاف الفعل الحسى كان فقا عنها مثلا أو قطع يدها فإنه يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل . واستشكل على هذا الإعتاق والتدبير فإنه يصير بهما قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسى ؛ والجواب إنما قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا ، والمعنى أن الفعل الذى يكون قبضا هو الفعل الحسى الذى يحصل الاستيلاء ، والقبض الحاصل بالعتق ضرورى ليس مما نحن فيه ، وذلك أنه إنهاء للملك ومن ضرورة إنهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لأنه به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء . هذا وإذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح في قول أبي يوسف خلافا لحمد . قال الصلبي الشهيد : واختار قول أبي يوسف لأن البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الأصل فصار كأن لم يكن فكان النكاح باطلا ، وقيد القاضي الإمام أبو بكر بطلان النكاح بطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت ، حتى لو ماتت

(وهو الملك في الرقبة على الكمال) وما ثمة مانع عن الجواز لأن المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض إنما يكون عن تصرف يفسخ بهلاك المبيع قبل القبض كما تقدم والنكاح ليس كذلك ، وهذا التزويج يكون قبضا لأن الوطء لما كان بتسليط من جهة المشتري كان فعله كفعله (وإن لم يطأها) الزوج (فلايس) أى مجرد التزويج (قبضا) استحسانا ، وفي القياس هو قبض وهو رواية عن أبي يوسف ، حتى إن هلك بعد ذلك هلكت من مال المشتري لأن التزويج عيب حكى ، حتى لو وجدها المشتري ذات زوج كان له أن يردّها ، والمشتري إذا عيب المعقود عليه صار قابضا فصار كالإعتاق والتدبير والتعيب الحقيقي كقطع اليد وفق العين ؛ وجه الاستحسان أن في التعيب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعل منه إليه وبه يصير قابضا ، وليس ذلك في الحكمي فلا يصير قابضا ،

(قوله وهذا التزويج) أقول : الظاهر أن الإشارة إلى الوطء .

قال (ومن اشترى عبدا فغاب فأقام البائع البيئة أنه باعها إياه ، فإن كانت غيبته معروفة لم يبع في دين البائع) لأنه يمكن إبطال البائع إلى حقه بدون البيع : وفيه إبطال حتى المشتري (وإن لم يدر أين هو يبيع العبد وأوفى الثمن) لأن ملك المشتري ظهر بإقراره فيظهر على الوجه الذي أقر به مشغولا بحقه ،

الخارجية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وإن بطل البيع (قوله ومن اشترى عبدا فغاب) قبل القبض وتقد الثمن (فأقام البائع البيئة أنه باعها إياه) ولم يقبض الثمن (فإن كانت غيبة) المشتري غيبة (معروفة لم يبعه) القاضى (في دين البائع لأنه يمكن إبطال البائع إلى حقه بدون البيع) فيكون إبطالا لحق المشتري في العين المباعة من غير ضرورة (وإن لم يدر أين هو يبيع العبد وأوفى الثمن) بنصب الثمن مشغولا ثانيا لبيع^١ وقوله وإن لم يدر أين هو يبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو . وقول المصنف في تعليل بيع القاضى (لأن ملك المشتري ظهر بإقراره) يعنى بإقرار البائع (فيظهر على الوجه الذي أقر به) وهو كونه مشغولا بحقه (يبين أن البيع من القاضى ليس

والإعتاق والتدبير إلتاف للمالية وإنهاء للملك ولهذا ثبت له الولاء ومن ضرورته أن يصير قابضا . قال (ومن اشترى عبدا فغاب المشتري الخ) رجل اشترى متغولا فغاب المشتري قبل قبض المبيع ولم يتقد الثمن وطالب البائع من القاضى يبيع العبد بشفته لم يلتفت إلى ذلك حتى يقيم البيئة دفعا للهمة ، فإذا أقامها فلا يخلو إما أن تكون الغيبة معروفة أولا ، فإن كان الأول لم يبعه في الدين لأن وصول البائع إلى حقه بدون البيع يمكن وفي البيع إبطال حتى المشتري ، وإن كان الثاني باع العبد وأدى الثمن لأن ملك المشتري ظهر بإقرار البائع فيظهر على الوجه الذي أقر به وقد أقر به مشغولا بحقه فيعتبر كملك ، وهذا لأن العبد في يده والقول قول الإنسان فيما في يده ، فلو ادعى الملك كان مسموعا ، ولو أقر به لغيره كاملا صح بحكم اليد ، فكذا إذا أقر به ناقضا مشغولا بحقه ويثبت الملك له ناقضا على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر فيبيعه القاضى فيه ، كالأمر إذا مات فإن المرتب أحق بالرهون يباع في دينه إن تعذر الاستيفاء ، والمشتري إذا مات قبل قبض المبيع مفسدا فإن المبيع يباع في ثمنه ، بخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع فإن بيئة البائع لم تقبل لأن حقه لم يبق متعلقا به بل هو دين في ذمة المشتري فتكون البيئة لإثبات الدين والإثبات على الغائب ممنوع عندنا . وفي بحث من أوجه : الأول أن إقامة البيئة على الغائب لا يجوز لأنها تعتمد إنكار الخصم وذلك من الغائب مجهول . الثاني أن القول بجواز البيع قول يجوز التصرف في المبيع قبل القبض وقد تقدم بطلانه . الثالث أن ذلك يفرض إلى القضاء على الغائب بزوال الملك وهو لا يجوز ، وفي ذلك لا فرق بين كونه مقبوضا وغير مقبوض فالفرقة بينهما تحكم . والجواب عن الأول أن إقامة البيئة كما ذكرنا لنفي الهمة لا للقضاء ، وإنما القاضى يقضى بموجب إقرار المقر بما في يده ، وفي ذلك لا يحتاج إلى إنكار الخصم . وعن الثاني من وجهين : أحدهما قول بعض المشايخ إن القاضى ينصب من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لأن بيع القاضى كبيع المشتري فلا يجوز قبل القبض : ورد بأن المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن فكذا من يجعل وكلا عنه . وأجيب بأن ذلك حتى البائع وقد يتسامح بتأخيرته . والثاني أن البيع هاهنا غير مقصود ، وإنما المقصود النظر للبائع إحياء لحقه والبيع يحصل ضمنا ، ويجوز أن يثبت ضمنا مالا يثبت قصدا . وعن الثالث ما ذكرنا أن هذا ليس قضاء على الغائب ، وإنما هو قضاء على الحاضر بالإقرار بما في يده ، وذلك إنما يكون إذا لم يقبضه المشتري ، (قوله والثاني أن البيع هاهنا غير مقصود الخ) أقول : فيه تأمل .

(١) (قول الفتح : متغولا ثالثا لبيع) صوابه لأوفى كما هو ظاهر ، كتبه مصححه .

وإذا تعلق استيفاءه من المشتري يبيعه القاضى فيه كالرهن إذا مات والمشتري إذا مات منلسا والمبيع لم يقبض . بخلاف ما بعد القبض لأن حقه لم يبق متعلقا به . ثم إن فضل شيء يملك المشتري لأنه بدل حقه وإن نقص يتبع هو أيضا . قال (فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فالحاضر أن يدفع الثمن كله ويقبضه . وإذا حضر الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله وهو قول أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : إذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض إلا نصيبه وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لأنه قضى دين غيره بغير أمره فلا يرجع عليه وهو أجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه .

بهذه البيئة لأنها لا تقام لإثبات الدين على الغائب فما هي إلا لكشف الحال ليجيبه القاضى إلى البيع نظرا للغائب لا ليثبت عليه فإنه لو لم يقبضها لم يجبه إلى ذلك (وإذا تعلق استيفاءه) والقرض أنه أحق بمالية هذا العبد لأنه كالرهن في يده إلى استيفاء الثمن ، حتى لو مات المشتري . فملا كان البائع أحق بماليته من سائر الغرماء كالرهن إذا مات الرهن فإنه أحق من سائر الغرماء فيعينه القاضى على بيعه (بخلاف ما بعد قبض المبيع لأن حقه) أى البائع (لم يبق معاقبا) بل هو دين في ذمة المشتري والبيئة حينئذ لإثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضى من البيع وقضاء الدين ، وهذا طريق الإمام السرخسى رحمه الله ، وتقرير شيخ الإسلام بشعر بخلافه حيث قال : القياس أن لا تقبل هذه البيئة لأنها على إثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لا قصدى ولا حكى ، فهو كمن أقامها على غائب لا يعرف مكانه لا تقبل ، وإن كان لا يصل إلى حقه . وفى الاستحسان تقبل لأن البائع عجز عن الوصول إلى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج إلى أن ينفق عليه إلى أن يحضر المشتري وربما تربو النفقة عن الثمن والقاضى ناظر لإحياء حقوق الناس فكان للقاضى أن يقبلها لدفع البالية . بخلاف ما لو أقامها ليثبت حقا على الغائب ليزع شيتا من يده لا يقبلها . والإجماع في مثله لدفع البالية عن البائع وليس فيه إزالة يد الغائب عما في يده لأن البائع يستوفى حقه مما في يده . وأورد عليه أنه يستأزم بيع المنقول قبل القبض . أجيب بأن من المشايخ من قال ينصب القاضى من يقبضه ثم يبيعه . وقال آخرون : لا يحتاج إلى ذلك لأن هذا البيع ثبت ضمنا لأنه غير مقصود بل المقصود النظر للبائع بإحياء حقه والبيع ضمن له . هذا إذا كان المشتري واحدا فغاب ، فلو كان المشتري اثنين فغاب أحدهما قبل إعطاء الثمن فالحاضر لا يملك قبض نصيبه إلا بتقديس جميع الثمن بالاتفاق ، فلو تقدمه اشتغلوا في مواضع : الأول هل يجبر البائع على قبول حصة الغائب ؟ عند أبي يوسف لا ، وعند أبي حنيفة ومحمد يجبر . والثاني لو أنه قبل هل يجبر البائع على تسليم نصيب الغائب للحاضر ؟ عند أبي يوسف لا ، بل لا يقبض إلا نصيبه على وجه النهاية ، وعندهما يجبر . والثالث لو قبض الحاضر العبد هل يرجع على الغائب بما تقدمه ؟

فأما إذا قبضه فلا يكون ذلك ، وحينئذ ظهر الفرق واندفع التحكم (ثم إذا باعه ، فإن فضل شيء يملك المشتري لأنه بدل حقه ، وإن نقص يتبع هو) أى يتبع البائع المشتري ، فإن كان المشتري اثنين فغاب أحدهما فالحاضر لا يملك قبض نصيبه حتى ينقد جميع الثمن ، فإذا تقدمه أجبر البائع على قبول نصيب الغائب وتسليم نصيب الغائب من العبد إلى الحاضر ، وإذا حضر الغائب فالحاضر أن يرجع عليه بما تقدمه لأجله ، وله أن يحبس نصيبه حتى يستوفى ما تقدمه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف : لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن ، ولو قبل لا يجبر على تسليم نصيبه من العبد والحاضر لا يقبض إلا نصيبه مهابة لا غير ، فإذا قبض الحاضر العبد لم يرجع على الغائب إذا حضر بما تقدمه لأجله وليس له حق الحبس على ذلك (وكان متطوعا بما أدى عن صاحبه) لأنه قضى دينه بغير أمره ولا رجوع في ذلك (وهو أجنبي عن نصيب صاحبه) فليس له التيقض

ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لأن البيع صفقة واحدة ، وله حق الحبس ما بقى شيء منه ، والمضطر يرجع كغير الرهن ، وإذا كان له أن يرجع عليه كان له حق الحبس عنه إلى أن يستوفى حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه . قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الأولوية ، وبمثله لو اشترى جارية بألف من الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن سبعة

عند أبي يوسف لا ، وعندهما يرجع ، وللحاضر حبس نصيب الغائب إذا حضر حتى يعطيه ما تقدره عنه . وجه أبي يوسف أن الحاضر قضى دين الغائب بغير أمره فكان متبرعا فلا يرجع ، وإذا لم يكن له الرجوع لم يكن له قبض حصته لأنه أجنبي عنها (ولهما أنه مضطر فيه) أي في دفع حصة الغائب لأنه لا يمكنه الانتفاع بما ملكه إلا بأداء الجميع ، لأن البيع الصادر إليهما من البائع صفقة واحدة والمضطر يرجع وله حق الحبس ، وصار كغير الرهن إذا أفلس الزامن وهو المستعير أو غاب ، فإن المير إذا افتكه بدفع الدين رجع على الزامن لأنه مضطر فيه ، وصار كصاحب العلو إذا سقط بسقوط السفل كان له أن يبنى السفل إذا لم يبنه المالكه بغير أمره ليتوصل به إلى بناء علوه ثم يرجع عليه ولا يمكنه من دخوله ما لم يعطه ما صرفه ، غير أن في مسألة السفل لا يفرق الحال بين كون صاحبه غائبا أو حاضرا ، وفي مسئلتنا لا يثبت له حق الرجوع إلا إذا كان غائبا ، لأنه إذا كان حاضرا لا يكون مضطرا في إيفاء الكل ، إذ يمكنه أن يخصمه إلى القاضى في أن ينقد حصته ليقبض نصيبه ، بخلاف مسألة السفل فإن صاحب العلو لو خصمه في أن يبنى السفل لا يقضى عليه ببنائه فكان مضطرا حال حضوره كمنهية (وله) أى للحاضر . ومثل صورة حضورهما في عدم الاضطراب ما لو استأجر رجلا دارا فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة فنقد الحاضر جميعهما يكون متبرعا لأنه غير مضطر في نقد حصة الغائب ، إذ ليس للأجير حبس الدار لاستيفاء الأجرة ذكره الترتاشى : وإذا ثبت حق الحبس في مسئلتنا للحاضر فله حبه إلى أن يستوفى الكل ، ولو بقى درهم كالوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه له أن يجلس المبيع عن الموكل إلى أن يعطيه جميع الثمن (قوله ومن اشترى جارية بالخ)

(ولهما أنه مضطر فيه لأنه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن لاتحاد الصفقة ، ولكون البائع له حق الحبس ما بقى شيء منه والمضطر يرجع كغير الرهن) فإن من أعار شيئا رجلا ليرهنه فرهنه ثم أفلس الزامن وهو المستعير أو غاب فافتكه المير فإنه يرجع على الزامن بما أدى وإن كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره لاضطراره في القضاء ، وهذا مما لا ينكر فإن للضرورات أحكاما . فإن قيل : لو كان التعليل بالاضطرار صحيحا لما اختلف الحكم بين حالة حضور الشريك وغيبه ، فإنه لا يقدّر على الانتفاع بنصيبه إلا بعد نقد صاحبه . فالجواب أن الاضطراب في حالة حضوره مفقود لإمكان أن يخصمه إلى الحاكم لينقد نصيبه من الثمن فيتمكن هو من قبض نصيبه من العبد بخلاف حال غيبته ، وعلى هذا ظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا استأجر دارا فغاب أحدهما قبل نقد الأجرة لصاحب الدار فنقد الحاضر كل الأجرة فإنه يكون متبرعا بالإجماع لكونه غير مضطر في نقد نصيب صاحبه من الأجرة إذ ليس للأجير حبس الدار لاستيفاء الأجرة . كذا ذكره الإمام الترتاشى (وإذا ثبت له حق الرجوع كان له حق الحبس حتى يستوفى حقه كالوكيل بالشراء إذا قضى الثمن من مال نفسه) على ما سيجىء إن شاء الله تعالى . قال (ومن اشترى جارية بألف مثقال ذهب وفضة الخ) رجل اشترى جارية فقال اشترى بها

لأنه أضاف الألف إليهما فينصرف إلى الوزن المجهود في كل واحد منهما ، قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ فقضاء زيوفاً وهو لا يعلم فأنفقها أو هلك فقضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف :

صورتها أن يقول : اشترت هذه الجارية بألف دينار ذهب وقضة أو يقول البائع بعتك هذه الجارية الخ . وإنفق الجامع : في رجل يقول لرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال ذهب جيد وقضة قال هما نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال قضة ، ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها ، بخلاف ما قاله بألف من الدراهم والدنانير لا يحتاج إلى بيان الصفة وينصرف إلى الجياذ . وعرف من هذه العبارة أن البيع يتعقد باقظ المضارع وإن احتمل العدة إذا أراد به الحال . وقيل بل هذه العبارة مساومة ، والمعنى أنه إذا قال له ذلك ثم باعه على هذا الوجه ثبت الانقسام . وفيه أن إضافة المثقال إلى الذهب ثم عطف القضة عليه مرسلاً يوجب كون القضة أيضاً مضافاً إليها المثقال ، وينبغي وهم أن يفسد لجهالة القضة لأن المثقال غالب في الذهب فنصير القضة مرسلة عن قيد الوزن بل ينصرف إليهما ، وكذا صفة الجودة لأن العطف يوجب الاشتراك على وجه المساواة بين المتعاطفين ، فالمثقال المتقدم فسر بالذهب والقضة ، ألا ترى أنه لو قال عبده حرّ غداً وأمرته طالق وقعا جميعاً غداً فأنهما مضافان . ذكره في كشف الغوامض . وفي المبسوط : لو قال ألف من الدراهم والدنانير فعليه خمسمائة دينار بالمثاقيل وخمسمائة درهم بوزن سبعة من القضة لأنه المتعارف في الدراهم فينصرف إليه ، وكذا لو قال ألف من الذهب والقضة وجب خمسمائة مثقال من الذهب وخمسمائة درهم بوزن سبعة من القضة ، لأن المتعارف في وزن الذهب والقضة ذلك ، وليس معهما ما ينصرف أحدهما عن المتعارف فيه فيصرف إلى الوزن المجهود في كل منهما ويجب كون هنا إذا كان المتعارف في بلد العقد في اسم الدرهم ما بوزن سبعة والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز ليس ذلك بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم . وأما في عرف مصر لفظ الدرهم ينصرف الآن إلى زنة أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس . إلا أن يقيد بالقضة فينصرف إلى درهم بوزن سبعة فإن ما دونه ثقل أو خف يسمونه نصف قضة وكذا هذا الانقسام في كل ما يقربه من المكيل والموزون من الثياب وغيرها قرضاً أو سلماً أو غضباً أو دية أو بيعاً أو شراء أو مهراً أو وصية أو كفالة أو جملاً في خلع ، ومنه ما لو قال على "كمر حنطة وشعير ومشمم كان عليه الثالث من كل جنس" قوله ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ فقضاء عشرة زيوفاً (هو) أي رب الدين (لا يعلم) أنها زيوف (فهو قضاء) حتى لو أنفقها الدائن أو هلك ثم علم ليس له أن يرجع بشيء وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف :

بألف مثقال ذهب وقضة صبح ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال (لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء) لأنه عطف على المضاف إليه ، وهو عطف مع الافتقار والعطف مع الافتقار يوجب الشركة ، وليس أولوية لأحدهما على الآخر فيجب التساوى ، قيل وكان الواجب أن يقيد المصنف بالجودة أو الرداءة أو الوسط لأن الناس لا يتبايعون بالثمن ، ولا بد من بيان الصفة قطعاً للمنازعة ولهذا قيده محمد رحمه الله بها في الجامع الصغير ويبيع الأصل : ويجوز أن يقال تركه لكونه معلوماً من أول كتاب البيوع أن ذلك لا بد منه . ولو قال اشتريت منك هذه الجارية بألف من الذهب والقضة وجب المشاركة كما في الأول للعطف ، إلا أنه يجب من الذهب مثاقيل خمسمائة مثقال ومن القضة دراهم خمسمائة درهم كل عشرة وزن سبعة لأنه هو المتعارف في وزن الدراهم . ولقائل أن يقول : النظر إلى المتعارف يقتضي أن ينصرف إلى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد . قال (ومن له على آخر عشرة دراهم جياذ الخ) رجل له على رجل عشرة دراهم جياذ (فقضاء زيوفاً والقابض لم يعلم فأنفقها أو هلك فقضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف :

يرد مثل زيوفه ويرجع بدرامه (لأن حقه في الوصف مرعى كهو في الأصل ، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف لأنه لا قيمة له عند المقابلة بمنحه فوجب المصير إلى ما قلنا . ولما أنه من جنس حقه . حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال جاز فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه إلا في الجوده ، ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها لما ذكرنا ، وكذا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه ولا نظير له

له أن يرد مثل الزيوف ويرجع بالحياد) وذكر فخر الإسلام وغيره أن قولهما قياس ، وقول أبي يوسف هو الامتسحان . له أن حقه في الجوده مرعى كحقه في المقدار وقد تذكر ضمان الوصف بانفراده (لأنه لا قيمة له عند المقابلة بمنحه فوجب المصير إلى ما قلنا) من ضمان الأصل ليصل إلى الوصف (ولما أنه) أي الزيوف (من جنس حقه ، حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال) به كالمصرف ورأس مال السلم (جاز) وما جاز إلا لأنه لم يعتبر استبدالاً بل نفس الحق (فيقع به الاستيفاء ، وإنما يبقى حقه في الجوده ولا يمكن تداركها بإيجاب ضمانها) بعد هلاك الدرام (لما ذكرنا) من أنه لا قيمة لها عند المقابلة بمنحها (ولا بإيجاب ضمان الأصل لأنه إيجاب له عليه) يعني هو إيجاب للقايض على نفسه (ولا نظير له) في الشرع إلا أن أبا يوسف ينفصل بمنع أنه لا يمكن تداركها بل تداركها بما ذكر من إيجاب المثل يمكن وهذا كما لو وجدها مستوفة أو نهرجة فهلكت أليس يرد مثلها ، فإن قال المستوفة ليست من جنس الحياد حتى يصير مقتضيا حقه بها . قلنا : وكذلك لا يصير مقتضيا حقه بالزيف إلا إن علم فرضي باعتبار أنه حينئذ تارك لبعض حقه وهو صفة الجوده قولهم فيه مانع وهو كونه يجب له عليه لأنه قبض جنس حقه ، فإذا ضمن مثله كان الوجوب لنفسه على نفسه إذ المديون لا يضمنه شيئاً . قلنا : يجوز ذلك إذا أفاد كالمولى إذا أثلغ بعض أكساب عبده المأذون ، وقد أفاد هنا تدارك حقه فصار كشرائه الإنسان مال نفسه إلا إذا أفاد ، ويجوز أن يشتري مال المضاربة أو كسب عبده المأذون المديون ، وبما ذكرنا يطل قولهم لا نظير له في الشرع . ويوجب بمنع الاتحاد المستشهد به ، بل الضمان في المأذون للفرعاء وهنا المقبوض كله ملك ، ومن له الحق ومن عليه واحد وهو رب الدين ولا نظير له . وفي التنازل : اشترى بالحياد ونقد الزيوف أخذها الشفع بالحياد لأنه إنما يأخذ بما اشترى ، ولو باعها مريحة فإن رأس المال بالحياد . وفي الأجناس : اشترى بالحياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشترى بالحياد . قال أبو جعفر : لا يحنث ، وقال أبو يوسف : يحنث ، والله الموفق .

يرد مثل زيوفه ويرجع عليه بالحياد لأن حقه في الوصف مرعى (من حيث الجوده ، كما أن حقه مرعى في الأصل من حيث القدر ، فلو نقص عن كمية حقه رجع عليه بمقداره فكذا إذا نقص في كفيته ، ولا يمكن رعايته بإيجاب ضمان الوصف منفرداً لعدم انفكاكه وهدره عند المقابلة بمنحه فوجب المصير إلى ما قلنا . ولأن حقيقه ومحمد أن المقبوض من جنس حقه بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالمصرف والسلم جاز فكان الاستيفاء من حيث الأصل بالمقبوض حاصل ، فلم يبق حقه إلا في الجوده وتداركها منفردة بإيجاب ضمانها غير ممكن شرعاً لما ذكرنا أنها عند المقابلة بالجنس هدر ولا عقلاً لعدم تصور الانفكاك ، ولا بإيجاب ضمان الأصل لأن المضمون حينئذ هو الأصل ، والفرض أنه من حيث الأصل مستوف فإيجاب الضمان باعتباره إيجاب عليه له ، ولا نظير له في الشرع . واعترض بوجهين : أحدهما أن إيجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز إذا لم ينفذ وهاهنا يفيد فصار ككسب المأذون له المديون فإنه مضمون على المولى وإن كان ملكاً له حتى لو اشترى صح . والثاني أن المقصود الأصلي هو إحياء حق صاحبه ووجوب الضمان له عليه ضمنى فلا يعتبر . والجواب عن الأول أن الفائدة ثمة إنما هي

قال (وإذا أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا إذا باض فيها (وكذا إذا تكنس فيها طي) لأنه مباح سبقت يده إليه ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن أخذه . وكذا البيض لأنه أصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه ، وصاحب الأرض لم يعد . أرضه لذلك فصار كمنصب شبكة البجاف

(قوله ولو أفرخ طير في أرض رجل فهو لمن أخذه) وكذا إذا باض فيها وكذا إذا تكنس فيها طي) أي دخل كتاسه والكتاس بيت الطي . وفي بعض النسخ تكسر : أي وقع فيها فتكسر . ويخترز به عما لو كسره رجل فيها فإنه لذلك الرجل لا للأخذ ، ولا يختص بصاحب الأرض (لأنه) أي لأن كلا من الطير والبيض والفرخ وقد أصلح في نسخة لأنها (مباح سبقت يده) أي يد الأخذ إليه (ولأنه صيد وإن كان يؤخذ بلا حيلة والصيد لمن أخذه . والبيض أصل الصيد) فيلحق به (ولهذا يجب عنه الجزاء على المحرم بكسره أو شيه) لأنه المقصود بقوله تعالى - تناله أيديكم - في قوله تعالى - ليلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم - وكذا ذكر . وقوله (وصاحب الأرض لم يعد) أرضه لذلك) جملة حالية هي قيد لقوله فهو لمن أخذه : أي إنما يكون للأخذ إذا لم يكن صاحب الأرض أعدها لذلك بأن حفر فيها بئرًا ليسقط فيها أو أعد مكانًا للفرخ ليأخذها ، فإن كان أعدها لذلك لا يملكها الأخذ بل رب الأرض يصير بذلك قابضًا حاكمًا ، كمن نصب شبكة ليحفظها فتعقل بها صيد فهو لمن أخذه لا لصاحب الشبكة لأنه لم يعدها الآن للأخذ ، وكذا إذا دخل الصيد داره ولم يعلم فأغلق بابه فهو لمن أخذه ، وإن علم به وأغلق الباب عليه أو سد الكوة كان لصاحب الدار ، وكذا إذا وقع في ثيابه النثار من السكر أو اللزاهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه ، وما هله مصدرة نائية عن ظرف الزمان : أي للأخذ في زمان عدم كفه الثوب . وقوله أو كان مستعدا له : أي للثأر بأن يسط ثوبه لذلك عطف على مقدر تقديره ، فإذا كفه أو كان مستعدا فهو له ، أما إذا غسل الثوب في أرضه فهو لصاحب الأرض لأنه عد من أنزله : أي من زيادات الأرض : أي ما يثبت فيها فيملكه تبعًا للأرض كالشجر النابت فيها وكالتراب والطين المجتمع فيها يجريان الماء عليها : والأثرال جمع نزل وهو الزيادة وذكر ضمير لأنه ١ وهو عائد على الأرض وهي مؤنثة على تأويل المكان ، ومثله وقع في شعر العرب قال :

للعزماء فكان تضمنين الشخص لغيره بخلاف ما نحن فيه . وعن الثاني أن الوصف تابع فلا يجوز أن يكون الأصل تابعًا له : قال (وإذا أفرخ طير في أرض رجل النخ) إذا أفرخ طير في أرض رجل ولم يعد لها لذلك لم يملكه (فهو لمن أخذه ، وكذا إذا باض فيها أو تكنس فيها طي) وفي بعض النسخ : تكسر فيها طي (لأنه مباح سبقت يده إليه) فيملكه (ولأنه حيثئذ صيد والصيد لمن أخذه) بالحديث ، وكونه يؤخذ بغير حيلة لا يخرججه عن الصيدية كصيد انكسر رجله بأرض إنسان فإنه للأخذ دون صاحب الأرض . والتكنس : التستر ، ومعناه في الأصل دخل في الكتاس وهو موضع الطي ، ومعنى تكسر انكسر رجله ، وقيد بذلك حتى لو كسره أحد فهو له (والبيض في معنى الصيد لأنه أصله) ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيه (قوله وصاحب الأرض لم يعد) أرضه لذلك) إشارة إلى أنه لو أعدها لذلك بأن حفرها ليقع فيها أو بغير ذلك مما يصاد به كان له ، فأما إذا لم يعدها فهي كشبكة

(قوله وعن الثاني أن الوصف تابع النخ) أقول : هذا يرجع إلى تغيير الليل ، والله أعلم .

(١) قول الفتح : وذكر ضمير لأنه النخ) حكمنا في الأصل ، ولعل في العبارة تحريفًا ، والسواب وذكر ضمير أنزله وهو

عائد إلى كتبه مصححه .

وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع مائثر من السكر والدرهم في ثيابه ما لم يكفه أو كان مستعدا له ، بخلاف ما إذا غسل النحل في أرضه لأنه عد من أنزاله فيملكه تبعا لأرضه كالشجر النابت فيها والتراب المختمع في أرضه يجرى ان الماء ، والله أعلم .

(كتاب الصرف) أسس هذا الكتاب في بيان

أحكام الصرف

فلا مزنة ودقت ودقها ولا أرض أبقل إبقاها

ومن جنس هذه المسائل : لو اتخذ في أرضه حظيرة السمك فدخل الماء والسمك ملكه ؛ ولو اتخذت لغیره ، فن أخذ السمك فهو له ، وكذا في حفر الحفيرة إذا حفرها للصيد فهو له أو لغرض آخر فهو للأخذ ، وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل بالمطر فصره رجل ، فإن كان وضعه للماء فهو لصاحبه وإلا فالماء للأخذ ، ولو باض صيد في أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل ليأخذه فتمعه صاحب الأرض ، فإن كان في موضع يقدر صاحب الأرض على أخذه قريبا منه بأن كان بحضرته كان الصيد لرب الأرض كأنه أخذه عنده ، وإن لم يكن بحضرته لا يملك :

(كتاب الصرف)

لما كان قيوده أكثر كان وجوده أقل فقدم ما هو أكثر وجودا : وأيضا لما كان عقدا على الأثمان والتمن في الجملة تبع لما هو المقصود من البيع أخر عن البيوع المتضمنة للمقاصد الأصلية : أغنى المبيعات ، ومفهومه لغة وشرا يذكره المصنف ، وشرطه التقابض للبدلين قبل الافتراق وإن اختلف الجنس ، ولهذا لم يصح فيه أجل ولا خيار شرط لأن خيار الشرط يمنع ثبوت الملك أو تمامه على الرأيين منهم وذلك يحل بالتبض المشروط وهو القبض الذي يحصل به التصيين ، بخلاف خيار الرؤية ، والعيب لا يمنع الملك في المبيع فلا يمنع تمام القبض ، فلو افترقا في الصرف خيار عيب أو رؤية جاز إلا أنه لا يتصور في العقد وسائر الديون خيار رؤية لأن العقد يتعقد على مثلها لأعينها ، حتى لو باعه هذا الدينار بهذه الدرهم لصاحب الدينار أن يدفع غيره ، وكذا لصاحب الدرهم بخلاف الأواني والحلى . ولو أسقطا في المجلس خيار الشرط والأجل عاد الصرف صحيحا خلافا لزرر . وأورد عليه كيف جاز أن يقال التقابض شرط الجواز وهو متأخر عن العقد فلماذا هو حكمة . والجواب أن المختار أنه ليس

نصبت للجفاف فتعقل بها صيد فهو للأخذ وكذا إذا دخل الصيد داره أو وقع مائثر من السكر والدرهم في ثيابه ما لم يكفه) أى يضمه إلى نفسه (أو كان مستعدا له ، بخلاف ما إذا غسل النحل في أرضه) فإن العسل لصاحبها (لأنه عد من أنزاله) أى من أنزال الأرض بتأويل المكان جمع نزل وهو الزيادة والفضل منه ، والفرق بينهما أن العسل صار قائما بأرضه على وجه القرار فصار تابعا لها (كالشجر النابت فيها والتراب المختمع بجرى ان الماء) بخلاف الصيد ، والله سبحانه وتعالى أعلم :

(كتاب الصرف)

(كتاب الصرف)

قال (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان) سمي به للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد . والصرف هو النقل والرد لفة . أو لأنه لا يطلب منه إلا الزيادة إذ لا ينفع بعينه : والصرف هو الزيادة لفة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا .

إلا شرط بقاءه على الصحة : فالإشكال على قول البعض القائلين إنه شرط الجواز . وأجابوا بأن تأخره ضرورة نفي إيجاب قبض ملك الغير فهو معتبر مقارنا أو متعلما شرعا وإن كان متأخرا صورة ، ولا يخفى أنه ينبغي أن يستغنى عن هذا التكاف بارتكاب القول الآخر . وأما مفهومه شرعا فبيع ما من جنس الأثمان بعضها ببعض . وهذا قول القدوري (الصرف هو البيع إذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الأثمان) وإنما قال من جنس الأثمان ولم يقتصر على قوله بيع ثمن ثمن ليدخل بيع المصوغ بالمصوغ أو بالتقيد فإن المصوغ بسبب ما اتصل من الصنعة به لم يبق ثمنا صريحا ولهذا يتعين في العقد ومع ذلك يعمه صرف ؛ وإنما سمي اصطلاحا به لأن مفهومه المأخوذ هو النقل : ومنه في دعاء الاستخارة : « فاصرفه عني واصرفني عنه » ونقل كل من البدلين عن مالكه إلى الآخر بالفاعل شرط جوازه فكان في المسمى معنى اللغة فسمى باسم ذلك المعنى المشروط فيه (أو هو) أى معناه المأخوذ الزيادة : وهذا العقد لا يقصد به إلا الزيادة دون الانتفاع بعين البديل الآخر في الغالب لأنه لا ينفع بعينه ، بخلاف نحو الطعام والثوب والحمار ، والمراد أن قصد كل من المتعاقدين التجارة والربح فيه بالنقل وإلا خلا العقد عن الفائدة ، والزيادة تسمى صرفا وبه سميت العبادة النافلة صرفا في قوله صلى الله عليه وسلم « من اتقى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا » فذكر المصنف أن المراد بالصرف النافلة التي هي الزيادة ، والعدل القرض الذى هو حق مستحق عليه ، ولا شك في أنه نسبة تسمية القرض عدلا فليل عليه قد فسر الزمخشري بغير هذا . قال في الفائق :

الصرف بيع خاص ، وهو الذى يكون لكل واحد من العوضين من جنس الأثمان ، وقد تقدم ما يدل على تأخيره على السلم في أول السلم ، وسمى هذا العقد صرفا لأحد المتعنيين : إما (للحاجة إلى النقل في بدليه من يد إلى يد . والصرف هو النقل والرد لفة ، ولما لأنه لا يطلب به إلا الزيادة) يعنى لا يطلب بهذا العقد إلا زيادة تحصل فيها يقابلها من الجوده والصياغة ، إذ التقود لا ينفع بعينها كما ينفع بغيرها مما يقابلها من المطعوم والملبوس والمركوب ، فلم يطلب به الزيادة والعين حاصلة في يده ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا : وقد دل على مشروعيته قوله تعالى - وأحل الله البيع - الآية ، وقوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالذهب ، والحديث ، وإذا كان المطلوب به الزيادة (والصرف هو الزيادة لفة ، كذا قاله الخليل) ناسب أن يسمى صرفا (ومنه) أى من كون الصرف هو الزيادة لفة (سميت العبادة النافلة صرفا) قال صلى الله عليه وسلم « من اتقى إلى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا » والعدل هو القرض ، سمى به لكونه أداء الحق إلى المستحق ، وشروطه على الإجمال : التقاضى قبل الافتراق بدنا ، وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل ، وأقسامه ثلاثة : بيع الذهب بالذهب ، وبيع الفضة بالفضة ، وبيع

(قوله وقد تقدم ما يدل على تأخيره عن السلم) أقول : الذى همه هو بيان سبب التأخير عن كتاب البيوع كما لا يخفى ، لكن ذلك يعلم منه أيضا فاكفى به (قوله ما كان فيه فائدة أصلا فلا يكون مشروعا) أقول : الظاهر أن يقول فلا يصدر من المعلق (قوله قد دل على مشروعيته قوله - وأحل الله البيع - الخ) أقول : البيوع القديمة والبيع وقت التنازع وبيع وليس بمشروع . فإن قيل : ما ذكره مشروع بأصله . قلنا : فليكن ما نحن فيه كذلك أيضا ، وعليك بالتأمل الصادق (قوله وشروطه على الإجمال التقاضى قبل الافتراق بدنا وأن لا يكون فيه خيار ولا تأجيل) أقول : والشرط الأول لا ينفى من الثالث إذ المراد عن شروط الصحة بحيث لا يكون فيه فساد أصلا ، فإذا كان فيه تأجيل ثم سقط ووقع التقاضى يزول الفساد فتأمل .

قال (فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل وإن اختلفا في الجودة والصيغة) لقوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالذهب مثلاً بوزن مثلاً بوزن يدا بيد والفضل ربا » الحديث. وقال عليه الصلاة والسلام « جيدها ورديتها سواء » وقد ذكرناه في البيوع .

في ذكره صلى الله عليه وسلم لأمر المدينة « من أحدث فيها حدثاً أو آوى محدثاً فعليه لعنة الله إلى يوم القيامة ، لا يقبل منه صرف ولا عدل » الصرف : التوبة لأنه صرف النفس عن الفجور إلى البر . والعدل : القدية من المعادلة والقضاء يعادل نفسه ، والمراد من إحداث الحدث فعل ما يوجب الحد . والجواب أن أهل اللغة اختلفوا في ذلك ، فقد ذكر في الجمهرة عن بعض أهل اللغة : الصرف الفريضة ، والعدل النافلة . وفي التفريرين عن بعضهم : الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكره المصنف ، ولا اعتراض مع أنه الأنسب . واعلم أن الأموال تنقسم إلى ثمن كل حال وهي الدراهم والدنانير صحبها حرف الباء أولاً ، وسواء كان ما يقابلها من جنسها أو من غيره . وإلى ما هو مبيع على كل حال وهو ما ليس من ذوات الأمثال من العروض كالثياب والحيوان ، وإلى ما هو ثمن من وجه مبيع من وجه وهو المكمل والموزون ، فإنها إذا عرفت في العقد كانت مبيعة ، وإن لم تعين ، فإن صحبها حرف الباء وقابلها مبيع فهي ثمن ، وإن لم يصحبها حرف الباء ولم يقابلها ثمن فهي مبيعة ، وهذا لأن الثمن ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة : قال الفراء في قوله تعالى - وشروه بثمن بخس - الثمن ما يثبت في الذمة ديناً عند المقابلة والتقود لاستحقاق العقد لا ديناً خلافاً للأئمة الثلاثة فعندهم تعين الذهب والفضة إذا عرفت حق لو هيكت الدراهم المعينة في البيع قبل القبض بطل البيع ولا يجوز استبدالها . هذا تقسيم المال باعتباره في نفسه ، وينقسم باعتبار الاصطلاح على الثمنية وهو الأصل سلمة ، فإن كانت رائجة فهي ثمن لاتعين بالتعيين ، وإن كانت كاسدة فهي سلمة كالفلوس (قوله فإن باع فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل) يعني في العلم لا بحسب نفس الأمر فقط (وإن اختلفا في الجودة والصيغة) فيدخل الإناء بالإناء ، فلو باعاهما عجاقة ولم يعلما كيهما وكانا في نفس الأمر متساويين لم يميز ، وأوزنا في المجلس فظهر متساويين يجوز ، وعند أبي حنيفة لا يجوز ، ولو وزنا بعد الافتراق لا يجوز ، وإن كانا متساويين خلافاً لغيره . هو يقول : الشرط التساوى وقد ثبت ، واشترط العلم بزيادة بلا دليل . قلنا : بل هو شرط بدليل وهو أن الموهوم في هذا العقد جعل كالعلوم شرعاً ، وما لم تعلم المساواة توهم الزيادة حاصل فيكون كسبوت حقيقة الزيادة ؛ ومقتضى هذا أن لا يجوز إذا وزن في المجلس فظهر متساويين أيضاً ، لكن جاز في الاستحصان عند اعتماد المجلس كأن العقد أنشئ الآن لأن ساعاته كساعة واحدة . وأما عدم جواز بيع الحنطة بالحنطة وزناً معلوماً فلعلم العلم بالمساواة كيلاً ، إذ المساواة وزناً تستلزمه بالنسبة إلى الكيل ، والمعتبر فيما كان مكيلاً في عهد النبي صلى الله عليه وسلم التقدير بالكيل على ماسلف . وعن هذا إذا اقتسا مكيلاً موازنة لا يجوز لأن القسمة كالبيع ، واستدل المصنف على وجوب المساواة (بقوله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلاً بمثل » الحديث) وقد تقدم ، وتقدم وجه انتصابه أنه بالعامل للقدر : أي يبعوا ، والأولى حيث كان الذهب

أحدهما بالآخر . قال (فإن باع فضة بفضة الخ) فإن باع رجل فضة بفضة أو ذهباً بذهب لا يجوز إلا مثلاً بمثل ، وإن اختلفا في الجودة والصيغة بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة لقوله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب مثلاً بمثل » الحديث ، والمراد به المائلة في القدر لا في الصيغة لقوله صلى الله عليه وسلم « جيدها ورديتها سواء » وقد ذكر ذلك في كتاب البيوع في باب الربا : حدث محمد رحمه الله في أول كتاب الصرف

قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) لما روينا . ولقول عمر رضي الله عنه : وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره ، ولأنه لا بد من قبض أحدهما ليخرج العقد عن الكائي بالكائي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا . ولأن أحدهما ليس بأولى من الآخر فوجب قبضهما سواء

مرفوعا في الحديث أن يجعل عامله متعلق المحرور : أي الذهب يباع بالذهب مثلا بمثل . نعم حديث البخاري في البخاري عنه صلى الله عليه وسلم « لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل » ظاهر في أنه مفرغ للحال . وبقيّة الحديث « ولا تشفوا بعضها على بعض . ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل » ولا تشفوا بعضها على بعض . ولا تبيعوا منها غائبا بناجز » والشفّ بالكسر من الأضداد يقال للتقصان والزيادة : والمراد هنا لا تزيدوا بعضها على بعض . ولا يتضح في معنى التقص والإلقال ولا تشفوا بعضها عن بعض ، وقوله وزنا بوزن بعد ذلك ولا تشفوا في حديث البخاري المذكور تفسير لمثلا بمثل ، فإن المثلية أهم : ففسرها بأنها من حيث المقدار . وتقدم حديث « جيدها ورديها سواء » أيضا . وتخريجه وهو دليل سقوط اعتبار الجودة وسقوط زيادة الصياغة بما روى محمد عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال : أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإناء كسرواني قد أحكمت صياغته ، فبغضني به لأبيعه فأعطيت وزنه وزيادة ، فذكرت ذلك لعمر فقال : أما الزيادة فلا . هذا ويدخل في إطلاق المساواة المصوغ بالمصوغ والتبر بالآنية ، حتى لو باع إناء فضة أو ذهب بإناء فضة أو ذهب وأحدهما أثقل من الآخر لا يجوز . بخلاف إناءين من غيرهما نحاس أو شبه حيث يجوز بيع أحدهما بالآخر وإن تفاصلا وزنا مع أن النحاس وغيره مما يوزن من الأموال الربوية أيضا ، وذلك لأن صفة الوزن في الثقلين منصوب عليها فلا يتغير بالصنعة ولا يخرج عن كونه موزونا بتعارف جملة عدديا أو متعورف ذلك ، بخلاف غيرهما فإن الوزن فيه بالعرف فيخرج عن كونه موزونا بتعارف عدديته إذا صيغ وصنع (قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) بإجماع الفقهاء . وفي فوائد القدوري : المراد بالقبض هنا القبض بالبرامج لا بالتخلية يريد باليد ، وذكرنا آنفا أن المختار أن هذا القبض شرط البقاء على الصلحة لا شرط ابتداء الصلحة لظاهر قوله : فإذا افتراقا بطل العقد ، وإنما يبطل بعد وجوده وهو الأصح : ونمرة الخلاف فيها إذا ظهر الفساد فيها هو صرف يفسد فيما ليس صرفا عند أبي حنيفة رحمه الله ، ولا يفسد على القول الأصح : وقوله (لما روينا) يعني قوله

في الأصل عن أبي حنيفة عن الوليد بن سريع عن أنس بن مالك قال : أتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بإناء كسرواني قد أحكمت صياغته ، فبغضني به لأبيعه ، فأعطيت به وزنه وزيادة فذكرت ذلك لعمر فقال : أما الزيادة فلا . قال (ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق) قبض عوض الصرف قبل الافتراق بالأبدان واجب بالمقول وهو (ما روينا من قوله ولا بد من قبض أحدهما) وقول عمر رضي الله عنه وإن استنظرك أن يدخل بيته فلا تنظره) وهو في الدلالة على وجوب القبض كما ترى . وبالمعقول وهو (أنه لا بد من قبض أحدهما لإخراجا للمقدن الكائي بالكائي) وذلك يستلزم قبض الآخر تحقيقا للمساواة نفيًا لتحقيق الربا) (قوله في الكتاب فلا يتحقق الربا) قيل هو منصوب بجواب النفي وهو قوله ثم لا بد (قوله ولأن أحدهما) دليل آخر، وتقريره أن أحد العوضين ليس أولى بالقبض

(قال المصنف : تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربا) أقول : سيحى بيان لزوم الربا من الشيخ أكل الثمن في شرح قول المصنف ومن كان له على آخر عشرة دراهم فرباه (قوله قيل هو منصوب على) أقول : صاحب القيل هو الإفتاق ، والأظهر أن يكون مطلوبا على قوله تحقيقا للمساواة بحسب المتن .

مكانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما ولا يتعين الآخر لإطلاق ما رويناه ، ولأنه إن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقته فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا ، والمراد منه الافتراق بالأبدان ، حتى لو ذهب عن المجلس عيشيان معا في جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أعمى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنه

« يدا بيد » وكذا ما رويناه من حديث البخاري قوله صلى الله عليه وسلم « ولا تبعوا منها غائبا بنائز » وقول عمر : « وإن استنظرك إلى آخره » رواه مالك في الموطأ عنه قال « لا تبعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ، ولا تبعوا الورق بالذهب أحدهما غائب والآخر نائز » ، وإن استنظرك أن يلج بيته فلا تنظره إلا يدا بيد . هات هات ، إلى أخشى عليكم كالربا » وفي رواية قال « الرما » باليم وهو الربا . ورواه عبد الرزاق وقال : « أن يدخل بيته . ولما ثبت نص الشرع بإلزام التقاض عله الفقهاء بما ذكره المصنف ، وحله أن للتقدم مزية على النسيئة فينتحق الفضل في أحد العوضين وهو الربا . ولما كان مظنة أن يقال هذا غير لازم في قبض العوضين لجواز أن يعملا معا نسيئة قال : لا بد شرعا من قبض أحد العوضين كي لا يلزم الكالئ بالكالئ » أي الدين بالدين فلولم يقبض الآخر لزم الربا بما قلنا . وأيضاً يلزم الترجيح بلا مرجح لأنهما مستويان في معنى النسيئة ، فإذا وجب قبض أحدهما فكذلك الآخر لعدم الأولوية . فإن قيل : تعليل الكتاب ينحصر الثمين المضمين للدين لا يتعينان والحكم وهو لزوم التقاض ثابت وإن كان أحدهما يتعين بالتعيين كالمصوغ . فأجاب بأن ذلك لإطلاق ما رويناه من قوله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالذهب والفضة بالفضة » وعلل الإطلاق المذكور بأن المتعين أيضا كالمصوغ فيه شبهة عدم التعيين إذ فيه شبهة النسيئة إذ قد خلق ثمنا ، والشبهة في باب الربا كالحقيقة على ما مر غير مرة . ولما كان الممول عليه تناول

من الآخر فيجب قبضهما معا (ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمصوغ أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لإطلاق ما رويناه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالذهب » الحديث ، وهو يتناول المصوغ وغيره (قوله ولأنه إن كان يتعين الخ) جواب عما يقال ببيع المضروب بالمضروب بلا قبض لا يصح لأنه كالئ بكالئ » ، وبيع المصوغ بالمصوغ ليس كذلك لتعيينه بالتعيين : وتقريره أن المصوغ وإن كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقته فيشترط قبضه اعتبارا للشبهة في الربا . فإن قيل : فعل هذا التقرير يلزم في بيع المضروب بالمصوغ نسيئة شبهة الشبهة لأن في بيع المضروب بالمضروب نسيئة شبهة الفضل ، فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة وهو مما يتعين كان بالنظر إلى كونه خلق ثمنا شبهة عدم التعيين وتلك شبهة زائدة على الشبهة الأولى والشبهة هي المتبعة دون التنازل عنها . أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة بقوله « يدا بيد » لا بالشبهة لأن الحكم في موضع النص مضاف إليه لا إلى العلة فتكون الحرمة في هذه الصورة باعتبار الشبهة (والمراد بالافتراق ما يكون بالأبدان حتى لو مشيا معا إلى جهة واحدة أو ناما في المجلس أو أعمى عليهما لا يبطل الصرف لقول ابن عمر رضي الله عنهما :

(قوله فإن قيل : إلى قوله : بالمصوغ نسيئة الخ) أقول : المراد بقوله نسيئة انتفاء القبض لا لتأجيله كالإعنى على التأمل في السياق (قوله فإذا بيع مضروب بمصوغ نسيئة) أقول : أي بلا قبض (قوله كان بالنظر إلى كونه الخ) أقول : فإذا بيع بدون القبض لزم شبهة النسيئة . وتام تحقيق الكلام وتوضيح المرام يظهر بالمراجعة إلى المسبق في باب الربا من التفصيل المتعلق بالمثلثات الثلاث بيننا وبين الناس في عدم اشتراط القبض في سائر الأموال الربوية فراجع (قوله أجيب بأن عدم الجواز في المضروب نسيئة الخ) أقول : أي بدون القبض (قوله بقوله يدا بيد) أقول : إذ معناه يتعين على ما سلف في باب الربا ، والتعيين في المضروب لا يصحق إلا بالقبض كما بينت تحت اشتراط القبض فيه بالنص ، بخلاف المصوغ فإن تعيينه لا يتوقف على القبض إذ هو مبيع متعين في نفسه ، إلا أنه فيه شبهة عدم التعيين بالنظر إلى أصل خلقته فعدم جواز بيعه بلا قبض جاء من هذه الشبهة فليست له .

فإنَّ رُئْبَ من سطح ثُبَّ معه ، وكذا المعبر ما ذكرناه في قبض رأس مال السلم . بخلاف خيار الخيرة لأنه يبطل بالإعراض فيه (وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل) لعدم الحياصة (ووجب التقابض)

النص بإطلاقه لم ينفه أن الثابت شبهة الشبهة بل وجب بالنص إلحاق شبهة الربا بشبهة الربا في هذا الحكم . وقوله في جهة واحدة لأنها لومشياً كل في جهة كان افتراقاً مبطلاً . وقول ابن عمر : وإن رُئْبَ من سطح ثُبَّ . يفيد عدم بطلان العقد بمجرد اختلاف المكان ، بل إذا لم يوافق الآخر فيه ، وهذا لأن بمجرد وثوب أحدهما اختلفت مكانهما ولم يعتبر مانعاً إلا إذا لم يثب معه . وحديث ابن عمر هذا غريب جداً من كتب الحديث . وذكره في الميسوط فقال : وعن أبي جيلة قال : سألت عبد الله بن عمر فقلت : « إنا تقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقاق النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة ، فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف ، فقال : لا تفعل ، ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ، ولا تفارقه حتى تستوفى . وإن رُئْبَ عن سطح ثُبَّ معه » . وفيه دليل رجوعه عن جواز التفاضل كما هو مذهب ابن عباس . وعن ابن عباس أيضاً رجوعه ، وفيه دليل أن المتي إذا أجب لأبأس أن يبين للسائل طريق تحصيل مطلوبه كما فعل صلى الله عليه وسلم حيث قال لبلال « بع القر ببيع آخر ثم اشتر به » إنما المحذور تعليم الحيل الكاذبة لإسقاط الوجوبات . قال (وكذا المعبر في قبض رأس مال السلم) يعني أن يقبضه قبل الافتراق دون اتحاد المجلس (بخلاف خيار الخيرة) فإنها لو قامت قبل الاختيار بطل ، وكذا إذا مشت مع زوجها في جهة واحدة فإن ذلك دليل لإعراضها عما كانت فيه لأن المعبر في الإبطال هناك دليل الإعراض ، والقيام ونحوه دليله فلزِم فيه المجلس ، ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما في المجلس قبل الافتراق أو أنعم عليهما أو طال قومدهما . وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار الخيرة يبطل بدليل الإعراض كالقيام من المجلس ، حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ، ولو ناما جالسين فلا . وعنه : القعود الطويل فرقة دون القصير ، ولو كان لرجل على آخر ألف درهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعكك الدرهم التي لي عليك بالدنانير التي لك على فقال قبلت كان باطلا ، وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لأتهما متفرقان . وعن محمد لو قال الأب اشهدوا أنني اشتريت هذا الدينار من ابني الصغير بعشرة وقام قبل قددها بطل . هذا ويجوز الرهن ببذل الصرف والحالة به كما في رأس مال السلم (قوله وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم الحياصة واشترط القبض) لما روى الستة من حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه عن النبي

« وإن رُئْبَ من سطح ثُبَّ معه » وقصته ما روى عن أبي جيلة . قال : « سألت عبد الله بن عمر رضي الله عنهما فقلت : إنا تقدم أرض الشام ومعنا الورق الثقاق النافقة وعندهم الورق الكاسدة فنبتاع ورقهم العشرة بتسعة ونصف ، فقال : لا تفعل ، ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب ، ولا تفارقه حتى تستوفى ، وإن رُئْبَ من سطح ثُبَّ معه » . وفيه دليل على أن المتي إذا بين جواب ما سئل عنه لأبأس أن يبين للسائل الطريق المحصل لمقصوده مع التحرز عن الحرام ، ولا يكون ذلك مما هو مذموم من تعليم الحيل . وقيد مشيهاً بجهة واحدة ، لأنه لو مشيا إلى جهتين يوجب تفرق الأبدان ، وهذا المذكور من التفرق هو المعبر في قبض رأس مال السلم (قوله بخلاف خيار الخيرة) يرجع إلى قوله لم يبطل الصرف يريد أن مشى الخيرة مع زوجها وإن كان إلى جهة واحدة يبطل خيارها لأنه يبطل بالإعراض (وإن باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم الحياصة ووجب التقابض)

(قوله يرجع ، إلى قوله : لم يبطل الصرف) أقول : بل يرجع إلى قوله للراد منه الافتراق بالأبدان فأصل تدبر ، ثم قوله بالأبدان على معنى دون المكان .

لقوله عليه الصلاة والسلام « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء » (فإن افرقا في الصرف قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد) لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الأجل لأن أحدهما لا يبقى القبض مستحقا والثاني يفوت القبض المستحق ، إلا إذا أسقط الخيار في المجلس فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تفرقه وفيه خلاف زفر رحمه الله .

صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء ، والشعر بالشعر ربا إلا هاء وهاء ، والتمر بالتمر ربا إلا هاء وهاء » قيل : ومعنى قوله ربا : أى حرام بإطلاق اسم الملتزم على اللازم ، ولا مانع من جعله في حقيقته شرعا وأن اسم الربا تضمن الزيادة من الأموال الخاصة في أحد العوضين في قرض أو بيع . ووجه الاستدلال أنه استثنى حالة التقابض من الحرام بمصر الحل فيها فينتفى الحل في كل حالة غيرها فيدخل في عموم المستثنى حالة التفاضل والتساوى والخافة فيحل كل ذلك . وقوله (إلا إذا أسقط الخيار في المجلس) استثناء من لازم قوله لا يصح شرط الخيار وهو فوات الشرط المستلزم للبطلان : أى شرط الخيار يفوت الشرط إلا إذا أسقطه فلا يفوت فيعود إلى الجواز . وقدمنا نقل خلاف زفر فيه . وهذا وبين الفساد بترك القبض والفساد

لقوله صلى الله عليه وسلم « الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء » (على وزن هاع بمعنى خذ ومنه قوله تعالى - هاؤم اقرموا كتابيه -) (قوله فإن افرقا في الصرف) متعلق بقوله ولا بد من قبض العوضين : يعنى لبقاء العقد ، فإن افرقا قبل قبض العوضين أو أحدهما بطل العقد لفوات شرط البقاء وهذا صحيح ، بخلاف قول من يقول إن القبض شرط الصحة ، فإن شرط الشيء يسبقه والقبض إنما هو بعد العقد ، وما أجيب به بأن شرط الجواز ما يشترط مقارنا لحالة العقد ، إلا أن اشتراط القبض مقارنا لحالة العقد من حيث الحقيقة غير ممكن من غير تراض لما فيه من إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه ، فعلقنا الجواز بقبض يوجد في المجلس لأن المجلس العقد حكم حالة العقد كما في الإيجاب والقبول ، فصار القبض الموجود بعد العقد في مجلسه كالوجود وقت العقد حكما ، ولو كان موجودا وقت العقد من حيث الحقيقة كان شرط الجواز ، فكلما إذا كان موجودا حكما فعل ما ترى فيه من الفصل مع حصول المقصود يجعله شرط البقاء ولهذا) أى ولأن الافتراق بلا قبض مبطل (لا يصح شرط الخيار في الصرف ولا الأجل) بأن يقول اشتريت هذا الدينار بهذه الدراهم على أنى بالخيار ثلاثة أيام أو قال إلى شهر (لأن بالخيار لا يبقى القبض مستحقا) لمنه الملك (وبالأجل يفوت القبض المستحق) والفرق بين العباوتين أن في الخيار يتأخر القبض إلى زمان سقوطه فلم يكن في الحال مستحقا وفي الأجل ذكر في العقد ما يتأخر القبض وذكر منافع الشيء مفوت له ، كذا قيل ، وكأنه راجع إلى أن في الأول استحقاق القبض فائت ، وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت (قوله إلا إذا أسقط في المجلس) يعنى منهما إن كان الخيار لهما أو يمن له ذلك (فيعود إلى الجواز لارتفاعه قبل تفرقه) استحسانا خلافا لزفر رحمه الله وهو القياس ، وإن أسقط الأجل فكل ذلك ، وإن أسقط أحدهما فكل ذلك في ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أن صاحب الأجل إذا أسقط الأجل لم يصح حتى

(قوله بخلاف قول من يقول : إن القبض شرط الصحة ، فإن شرط الشيء يسبقه البيع) أقول : فيه بحث ، وجوابه ظاهر (قوله وما أجيب به بأن شرط الجواز) أقول : قوله وما أجيب مبتدأ وغيره محمى به أسطر وهو قوله فعل ما ترى فيه من الفصل (قوله فعلقنا الجواز) أقول : في الطريع تأمل يجوز أن يشترط القبض بالتراضي قبل العقد . وأما لو قال لما فيه من إيجاب إثبات اليد على مال التبرع خلاف قوله من غير تراض لا تنفع ذلك (قوله وكأنه راجع إلى أن في الأول استحقاق القبض فائت ، وفي الثاني القبض المستحق شرعا فائت) أقول : قوله لاستحقاق القبض فائت : أى لندم الملك وقوله القبض المستحق : أى لكونه مالكا ، وقوله شرعا فائت : أى لتأجيل .

قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه . حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد) لأن القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى . وفي تجويزه فواته . وكان ينبغي أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر . لأن الدراهم لا تتعين فيصرف العقد إلى مطلقها .

بالأجل فرق على قول أي حنيفة في مسئلة ، وهي ما إذا باع جارية في عنها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من الألف فيصير صرفا فيه وتسعمائة تجارية بيعا . فإنه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق . وبيع الجارية بتسعمائة صحيح ، ولو فسد بالأجل فسد فيها عنده خلافا لهما . وفرق بأن في الأول انعقد صحيحا ثم طرأ الفساد فيخص بحله وهو الصرف . وفي الثاني انعقد أولا على الفساد فشاع . وهذا على الصحيح من أن القبض شرط البقاء على الصحة . وفي الكامل : لو أسقط الأجل من له الأجل دون الآخر صح في المشهور . وليس في الدراهم والدنانير خيار روية لأن العقد لا يفسخ بردها لأنه إنما وقع على مثلها . بخلاف التبر والحلى والأواني من الذهب والفضة لأنه ينتقض العقد برده لتعيينه فيه . ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق زيفا أو ستوقا فحكمه في جميع أبوابه الاستبدال والبطان كركأس مال السلم (قوله ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه) وكل منهما ثمن الصرف . فالجواب أنه لا يجوز التصرف في أحد بدل الصرف قبل قبضه بجهة ولا صدقة ولا بيع ، فإن فعل بعض ذلك مع التعاقد بأن وهب البديل أو تصدق به عليه أو أبرأه منه ، فإن قبل بطل الصرف لتعذر وجوب القبض ، وإذا تعذر الشرط ينتقى المشروط ، وإن لم يقبل لا ينتقض لأن البراءة وما معها سبب التسخ فلا يفرد به أحدهما بعد صحة العقد . وفرع عليه (ما لو باع دينارا بعشرة) مثلا (ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد ، لأن القبض) في العشرة (مستحق حقا لله) فلا يسقط بإسقاط المتعاقدين ، فلو جاز للبيع في الثوب سقط فلا يجوز بيع الثوب والصرف على حاله بقبض ببدله من عقاده معه : وأورد عليه أن فساد الصرف حينئذ حتى الله وصحة بيع الثوب حتى العبد فتعارضهما فيقدم حتى العبد لتفضل الله سبحانه بذلك : أجيب بأن ذلك بعد ثبوت الحقين ولم يثبت حتى العبد بعد لأنه يفوت حتى الله بعد تحققه فيمتنع لأنه يرتفع والتقديم فيما إذا ثبتا فيرتفع أحدهما فضلا ، وقد نقل عن زفر رحمه الله صحة بيع الثوب لأن الثمن في بيعه لم يتعين كونه بدل الصرف

يرضى صاحبه ، والفرق يعرف في شرح القدرى مختصر الكرخي ؛ وقيد بشرط الاختيار لأن خيار العيب والرؤية يثبتان في الصرف كما في سائر العقود ، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين لا الدين فإنه لا فائدة في رده بالتخييار إذ العقد لا يفسخ برده وإنما يرجع بمثله . ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه فلا يفيد الرد فائدة . قال (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه الخ) التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه لا يجوز ، فلذا باع دينارا بعشرة دراهم ، ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فيفسد البيع في الثوب لفوات القبض المستحق بالعقد حقا لله تعالى إذ الربا حرام حقا لله ، والقيام يقتضى جوازه كما نقل عن زفر لأن الدراهم لا تتعين عينا كانت أو دينا فيصرف العقد إلى مطلق الدراهم ، إذ الإطلاقي والإضافة إلى بدل الصرف إذ ذاك سواء ، وإنما قال عن زفر لأن الظاهر من مذهبه كذهب العلماء الثلاثة ، ولكننا نقول : الثنى في باب الصرف مبيع لأن الصرف بيع ولا بد فيه من مبيع وما تمه سوى الثمين وليس أحدهما أولى بكونه مبيعا فيجعل كل واحد منهما مبيعا من وجه وثنائا من وجه وإن كانا ثمينين خلقة ، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز كما فعلنا في المقايضة ، واعتبرا لكل واحد منهما ثمننا من وجه مبيعا من وجه ضرورة اتفاقنا على بيع وإن كان كل واحد مبيعا حقيقة ؛ قيل لانسلم عدم الأولوية فإن

(قوله حقا لله تعالى) أقول : إذ القبض واجب بالنسبة (قوله إذ الربا حرام) أقول : يعني للبيعة .

ولكننا نقول : الثمن في باب الصرف مبيع لأن البيع لابد له منه ولا شيء سوى الثمن فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الأولوية ويبيع المبيع قبل القبض لا يجوز ، وليس من ضرورة كونه مبيعا أن يكون متعينا كما في المسلم فيه . قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة)

لأن النقد لا يتعين ، فإضافة العقد إلى بدل الصرف كعدم إضافته فيجوز كما يجوز شراء ثوب بدراهم لم يصغها ، وهذا على إحدى الروايتين عنه أن التقود لا يتعين في البياعات ؛ فأما على الرواية الأخرى عنه فيجب أن لا يصبح بيع الثوب كقولنا : قلنا قبض بدل الصرف واجب والاستبدال بقوة فكان شرط إيفاء ثمن الثوب من بدل الصرف شرطا فاسدا فيمتنع الجواز لإسقاط الثمن به ، كذا ذكر غير واحد ولا يخفى كثرة ماذكروا في عدم تعين النقد في البيع من أنه لو أشار إلى دراهم وعينها كان له أن يحبسها ويدفع غيرها . وحاصل شراء الثوب ببذل الصرف ليس إلا تعيين الثمن الدرهم ، فلو كان ذلك شرطا فاسدا يمنع الجواز بطل ماذكروا في عدم تعين الدرهم في البيع وكان كلما تميزت الدرهم فسد البيع لأنه لا يتعين ، لاجرم أن المصنف إنما أجاب بأن الثمن في باب الصرف مبيع لاستدعاء البيع مبيعا ولا مبيع فيه سوى الثمن فكان كل ثمن منهما مبيعا وثمنا وجعله بدل الثوب وثمرته يبيع له ويبيع المبيع قبل القبض لا يجوز : يعني وإذا لم يجوز لم يدخل في ملك بائع الثوب ، وأنت تعلم أن زفر إنما قال يجوز بيع الثوب بناء على عدم تعين بدل الصرف ثمنا فجاز أن يعطى من غيره ، ولا شك أن يقول بعدم جواز بيع المبيع قبل القبض ، فإذا قال بصحة بيع هذا الثوب لعدم تعين نقد بدل الصرف في ثمنه كان بالضرورة قاتلا بأن البيع انعقد موجبا دفع مثله ، ويكون تسمية بدل الصرف تقديرا لثمن الثوب سواء سميت مبيعا أو ثمنا لأنه إنما يلزم بيع المبيع قبل القبض إذا لم يمتنع تسليمه بعينه ، وليس هنا هكذا ، فإن كان هذا واقعا لم يتنص ما دفع به المصنف من ذلك بل يجب صحة بيع الثوب وإعطاء ثمن ملكه البائع ، ولما لم يكن تحريك بائع الثوب بدل الصرف لزم بالضرورة إعطاء غيره ، وهكذا نقل القدوري عنه : أضحى أن البيع الثاني جائز ويكون ثمن المبيع مثل الذي في ذمة المشتري ، قال : وهذا على إحدى الروايتين عن زفر أن الدرهم لا يتعين ، فإذا لم يتعين يقع البيع بمثل بدل الصرف ، وعلى هذا فبطلان بيع الثوب مطلقا كما هو جواب المذهب مشكك : وتنظير النهاية بغاصب الدرهم إذا اشترى وأشار إليها ودفع منها حيث يحرم الانتفاع بذلك المبيع حيث لا غير مطابق لأن إجازة بيع الثوب على ماقرنا بأن يدفع مثل بدل الصرف لا نفسه (قوله ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة) وكذا سائر الأموال الربوية ، بخلاف جنسها

ما دخله الباء أولى بالثمنية . وأجيب بأن ذلك في الأثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدرهم والدنانير إذا كانت دينارا في النعمة لا في الأثمان الحقيقية . قال (وليس من ضرورة كونه) جواب عما يقال لو كان بدل الصرف مبيعا وجب أن يكون متعينا ، فقال كونه مبيعا لا يستلزم التعيين ، فإن المسلم فيه مبيع بالاتفاق وليس بمتعين . وعورض بأن كل واحد منهما لو كان مبيعا لا يشترط قيام الملك فيها وقت العقد وليس كذلك ، فإنه لو باع دينارا بدراهم وليسوا في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض صح : وأجيب بأن الدرهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه ، وإنما اعتبر مشمنا بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مشمنا بعده ثمنا قبله فلا يشترط وجوده قبله . قال (ويجوز بيع الذهب بالفضة مجازة) إذا كان الصرف بغير الجنس صح مجازة

(قال المصنف : ولكننا نقول : الثمن في باب الصرف مبيع) أقول : ماثبت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة فلا يجوز في كونه مبيعا فيما إذا جمل في مقابلة الثوب كالإصح ، ويؤيد ذلك مايجوز في بيع الدرهم الدالية النش بثلها متفاضلا حيث شرط القبض في المجلس (قوله إذا كانت دينارا) أقول : وقابلها مبيع .

(فإن لم يتقاضى حتى افتراق بطل العقد في الحلية) لأنه صرف فيها (وكذا في السيف إن كان لا يتخلص إلا بضر) لأنه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز إفراجه بالبيع كالجذع في السقف (وإن كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل في الحلية) لأنه أمكن إفراجه بالبيع فصار كالطوق والجارية ، وهذا إذا كانت القضية المفردة أريد مما فيه . فإن كانت مثله أو أقل منه أو لا يدرى لا يجوز البيع للربا أو لاحتماله . وجهة الصحة من وجه وجهة الفساد من وجهين فترجحت .

والإنس ألم بأنكم رسل منكم - وإنما الرسل من الإنس في مذهب أهل الحق ، وقال تعالى - نسأحوتها - وإنما نسيه في موسى . (وقال صلى الله عليه وسلم في) قصة (مالك بن الحويرث وابن عم له : وإذا سافرتما فأذنا وأقيا) وإنما أراد أن يؤذن أحدهما (وقال تعالى - قد أجيبت دعوتكما - والمراد دعوة موسى ، إلا أنه قد قيل إن هارون كان يؤمن على دعائه . فإذا صح الاستعمال وكثر وجب الحمل عليه لما قلنا . وذكرنا من قريب أنه لو كان القصد بسبب الأجل في العقد شاع الفساد في الجارية أيضا على قول أبي حنيفة رحمه الله ، لأن الفساد في ابتداء العقد بخلافه عن الافتراق . هذا ولقد وقع الإفرط في تصوير المسئلة حيث جعل طوقها ألف مثقال فضة فإنه عشرة أطلال بالمصرى ووضع هذا المقدار في العتق بعيد عن العادة بل نوع تعذيب ، وعرف من هذا الوجه أن كون قيمتها مع مقدار الطوق متساويين ليس بشرط ، بل الأصل أنه إذا بيع نقد مع غيره بنقد من جنسه لابد أن يزيد الثمن على النقد المضموم إليه ، ومثل هذا إذا باع سيفاً على بمائة وحلته خمسون بمائة وخمسين أو بمائة وعشرة فدفع من الثمن خمسين فإنه يجب فيه هذه الاعتبارات ، ولو لم يتقاضى في الصورتين حتى افتراق بطل في حصنة الطوق والحلية لأنه صرف فيها ويصح في الجارية . وأما السيف فإن كانت الحلية لم يتخلص منه إلا بضر فيه فسد في السيف أيضا لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضر فيه ، ولهذا لا يجوز إفراجه بالبيع كما مر في جذع من سقف ، فإن كان

بين الواجب وغيره ، والظاهر من حال المسلم الإتيان بالواجب تفرغاً للعمة ، كما إذا ترك عبادة وصلاة وسما أيضاً ثم أتى بسجدة السهو وسلم تصرف إحدى بحلتى السهو إلى الصلاة وإن لم ينوها ليكون الإتيان بها على وجه الصحة ، وكذا لو اشتراها بألف مثقال ألف نسيئة وألف نقداً فالنقد ثمن الطوق لأن الأجل باطل في الصرف جائز في بيع الجارية ، والظاهر من حالهما المباشرة على وجه الجواز ، وكذا لو باع سيفاً على بمائة درهم وحلته خمسون ودفع من الثمن خمسين ، فإن دفع ساكتاً عنهما جاز البيع وكان المقبول من حصنة الحلية لما بينا أن الظاهر الإتيان بالواجب ، وإن صرح بذكرهما فكل ذلك لأن الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد ، قال الله تعالى - يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان - وإنما يخرجان من أحدهما فيحمل عليه بقربة الحال ، وإن قال عن ثمن الحلية خاصة فلا كلام فيه ، وإن قال عن ثمن السيف خاصة وقال الآخرتم أولاً وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لأن الرجوع بالاستحقاق عند المساواة في العقد والإضافة ، ولا مساواة بعد تصريح من القول قوله أن المدفوع ثمن السيف ، فإن لم يتقاضى شيئاً حتى افتراق بطل العقد في الحلية لأنه صرف فيها . وأما في السيف فإن كان لا يتخلص إلا بضر فكل ذلك لعدم إمكان التسليم بدون ، ولهذا لا يجوز إفراجه بالبيع كالجذع في السقف وإن كان يتخلص بلا ضرر جاز في السيف وبطل في الحلية لأنه أمكن إفراجه بالبيع فصار كالطوق والجارية (قوله وهذا إذا كانت القضية المفردة) يعني الثمن (أريد مما فيه) أي المبيع تعمم للكلام لأن فرض المسئلة أن الحلية خمسون والثمن مائة فكان ذكره مستغنى عنه

(قوله وإن قال عن ثمن السيف ، إل قوله : لأن الترجيح للثمن) أقول : فيه بحث .

(١) (قوله : وقال صلى الله عليه وسلم - إل قوله : إن يؤذن أحدهما) هذه العبارة ليست بمتفق للشرح التي بأيدينا ، اه بصحة .

قال (ومن باع إثناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإثاء مشتركا بينهما) لأنه صرف كله فصيح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لأنه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع^(١) . قال (ولو استحق بعض الإثاء فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده) لأن الشركة عيب في الإثاء^(٢)

بتخاص بلا ضرر جاز فيه كالجارية لأنه أمكن إفراجه بالبيع وبطل في الحلية خاصة . ثم الجواب في المستلثين مقيد بما إذا كانت الفضة المفردة : يعنى الثمن أكثر من الطوق والحلية . فإن كانت مثله أو أقل أو لا يدري واختلف المقومون في ذلك لا يجوز البيع للربا حقيقة فيما إذا كانت أقل أو مساوية بسبب زيادة البذل الآخر وهو المبيع الفضة زيادة من جنسه أو من غيره وهو نفس الجارية والسيف أو احتمال الربا فيها إذا لم يدر الحال ، وقدم أنه لا بد من العلم بالمساواة . فإن قيل : في صورة الاحتمال لم يقطع بالفساد . أجاب بأن جهة الفساد متعددة . فلها من وجهين : وهو تجويز الأقلية والمساواة ، بخلاف الصحة فلها على تقدير واحد وهو الزيادة فترجحت جهة الفساد : على أن مجرد احتمال الربا كاف في الفساد فلا حاجة إلى الترجيح مع أنه يرد عليه أن الترجيح بما يصلح بنفسه علة للفساد ويحتاج إلى الجواب بأن المعنى أن احتمال أحدهما فقط مفسد فكيف إذا اجتمعا ، وعلى هذا كل ما اشترى بالفضة فضة مع غيرها أو بالذهب ذهبا مع غيره (قوله ومن باع إثناء فضة بفضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الإثاء مشتركا بينهما لأنه صرف كله فصيح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يقبض فيما لا يشيع^(١) الفساد) في الكل لأنه طارئ) بعد صحة العقد في الكل بناء على ما هو المختار من أن القبض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانقضاء على وجه الصحة في الكل (فصيح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع) ولا يتخير واحد من المتعاقدين لأن عيب الشركة جاء بفعلها وهو الافتراق بلا قبض ، بخلاف ما لو استحق بعض الإثاء فإن المشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رده (لأن الشركة عيب) ولم يحدث بضمه ،

لكنه عمم الكلام لبيان الأقسام الآخر وهي أربعة : الأول أن يكون وزن الفضة المفردة أزيد من وزن الفضة التي مع غيرها ، وهو جائز لأن مقدارها يقابلها والزايد يقابل الغير فلا يقضى إلى الربا . والثاني أن يكون وزن المفردة مثل المنصبة وهو غير جائز ، لأنه ربا لأن الفضل ربا سواء كان من جنسها أو من غير جنسها . والثالث أن تكون المفردة أقل وهو أوضح . والرابع أن لا يدري مقدارها وهو فاسد لعدم العلم بالمساواة عند العقد وتوهم الفضل خلافا لغيره فإن الأصل هو الجواز والفسد هو الفضل الخالي عن العوض ، فإن لم يعلم به حكم بجوازه . والجواب أن "لا يدري يجوز في الواقع أن يكون مثلا وأن يكون أقل وأن يكون زائدا ، فإن كان زائدا جاز ولا فساد فعلمت جهة الفساد فترجحت . واعترض بأن كل جهة منها علة للفساد فلا تصلح للترجيح . وأجاب شمس الأئمة الكردري رحمه الله بأن مراده أنه إذا كان أحدهما يكفي للحكم فاظنك بهما لا الترجيح الحقيقي إذ لا تضارب بين الفساد والمصحيح فيما يلحق الشبهة فيه بالحقيقة . قال (ومن باع إثناء فضة ثم افترقا الخ) ومن باع إثناء فضة بفضة أو بذهب وقبض بعض الثمن دون بعض وافتراق بطل البيع فيما لم يقبض ثمنه وصح فيما قبض واشتركا في الإثاء لأنه صرف كله وقد وجد شرط بقاء العقد في بعض دون بعض فصيح : أى بى صحيفا في بعض وبطل في آخر ، وهذا بناء على أن القبض في المجلس شرط البقاء على الجواز فيكون الفساد طارئا فلا يشيع . لا يقال : على هذا يلزم تفريق الصفة وذلك فاسد لأن تفريق الصفة قبل تمامها لا يجوز ، وهاتان الصفتان تامتان فلا يكون مانعا وقد تقدم معنى تمام الصفة . قال (ولو استحق بعض الإثاء الخ) أى ولو استحق بعض الإثاء في هذه المسئلة

(ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له) لأنه لا يضره التبعض : قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه) وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يجوز . وعلى هذا الخلاف إذا باع كبر شعير وكبر حنطة بكري شعير وكري حنطة : ولهما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ، ومن قضيته الانقسام على الشيوع ^(٤) على التبعين ، والتغيير لا يجوز وإن كان فيه تصحيح الصرف ، كما إذا اشترى قلباً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مائة لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب ، وكذا إذا اشترى عبداً بألف درهم ثم باعه قبل نقد الثمن من البايع مع عبد آخر بألف وخمسة مائة لا يجوز في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه . وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده . وكذا إذا باع درهما وثوباً بدرهم وثوب وافتراق من غير قبض فسد العقد في الدرهم ولا يصرف الدرهم إلى الثوب لما ذكرنا . ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل بخلاف ما لو باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها حيث يأخذ الباقي بحصتها (ولا خيار له لأنه لا يضره التبعض) فلم يلزم العيب وهو الشركة لإمكان أن يقطع حصته منها (وقوله ومن باع درهمين ودينارا ودينارين بدرهم جاز البيع وجعل كل واحد من الحسنيين بخلافه) فيعتبر الدرهمان بالدينارين والدرهم بالدينار (وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يجوز ، وعلى هذا الخلاف إذا باع كبر شعير وكبر حنطة بكري شعير وكري حنطة) أو باع السيف الخيل بفضة سيف على بفضة ولا يلزم مقدار الخيلتين ، وكذا درهم ودينار بدرهمين ودينارين (لما أن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه) أي تصرف العاقد (لأنه قابل الجملة بالجملة ، ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التبعين) وهو أن يكون كل جزء على الشيوع مقابلاً لكل جزء على الشيوع ^(٥)

فالمشتري بالخيار إن شاء أخذ الباقي بحصته وإن شاء رد لأن الإناء تعيب بعيب الشركة إذ الشركة في الأعيان المجمعة تعد عيباً لا نقصاً بالتبعض وكان ذلك بغير صفة فيتخير ، بخلاف صورة الافتراق فإن العيب حدث بصنع منه وهو الافتراق لا عن قبض : قال (وإن باع قطعة نقرة الخ) المراد بالنقرة قطعة فضة مذابة . فإضافة القطعة إلى النقرة من باب إضافة العام إلى الخاص . وإذا باع قطعة نقرة بذهب أو فضة ثم استحق بعضها أخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لأن الشركة فيها ليست بعيب لأن التبعض لا يضره بخلاف الإناء . قال (ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع الخ) رجل باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه . وقال زفر والشافعي رحمهما الله : لا يجوز ، وعلى هذا إذا باع كبر شعير وكبر حنطة بكري شعير وكري حنطة . والأصل أن الأموال الربوية المختلفة الجنس إذا اشتمل عليها الصفة وكان في صرف الجنس إلى الجنس فساد المبادلة يصرف كل جنس منها إلى خلاف جنسها عند العلماء الثلاثة تصحيحاً للعقد خلافاً لهما ، قالوا : إن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه لأنه قابل الجملة بالجملة ، ومن قضيته التقابل الانقسام على الشيوع لا على التبعين ، ومعنى الشيوع هو أن يكون لكل واحد من البدلين حظ من جملة الآخر ، والدليل على ذلك الوقوع فإنه إذا اشترى قلباً : أي سواراً بعشرة وثوباً بعشرة ثم باعهما مائة لا يجوز ، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب ، وكذا إذا اشترى عبداً بألف ثم باعه مع عبد آخر قبل نقد الثمن من البايع بألف وخمسة مائة لا يجوز في المشتري بألف

(قوله والدليل على ذلك الوقوع الخ) أقول : لا يطابق المصروح (قوله لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة كثر) أقول : ذلك في الثالث غير ظاهر إذ ليس فيه مقابلة الجملة بالجملة فليتأمل . /

مقابلة الفرد بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس . وأنه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه ، وفيه تغيير (١) وصفه لا أصله لأنه يبقى موجب الأصل وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل . وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ماعدن المسائل . أما مسألة المراجعة فلأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب . والطريق في المسئلة الثانية غير متعين لأنه يمكن

فيندرج فيه جنس ذلك الجزء . وخلاف جنسه وأجزاء جنسه أكثر إذ أجزاء دينارين أكثر من أجزاء دينار بالضرورة ، وليس المعنى أن كل جزء معين مقابل بكل جزء على العموم وإلا كانت الذرة من الدينار مقابلة لجميع الدينارين والدرهم فلم يبق للذرة ما يقابلها أو يقابل الكل بنفسه أشياء كثيرة . وهو اعتبار ممكن لكنه مستنكر . وهو أن يقابل الذرة بألف ذرة ثم تكون هذه الألف بنفسها مقابلة لذرة أخرى وأخرى ولأنه حينئذ ينتهي الانقسام بأدنى تأمل ، والدليل على أن الانقسام كما ذكرنا ما لو اشترى عبدا وجارية بثوب وقرس ثم استحق العبد يرجع بقيمة العبد في الثوب والقرس جميعا . ولولا أن الانقسام على الشيوع لما رجع في الثوب والقرس جميعا ، وتغير تصرفهما لا يجوز وإن كان فيه تصحيح التصرف بدليل الإجماع ، على أن من اشترى قليلا وزنه عشرة بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مراجعة صفقة واحدة لا يجوز . وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب وحده ليخاو القلب عن التفاضل . وكذا إذا اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسة لا يجوز . ويفسد في المشتري بألف وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه ، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعثك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده . وكذا إذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد في الدرهمين ولا يصرف إلى الثوب لما ذكرنا فهذه أحكام إجماعية كلها ذالة على أن تغيير التصرف لا يجوز . (١) لأنه أسوأ من مقابلة الفرد بفرد

وإن أمكن تصحيحه لصرف الألف إليه ، وكذا إذا جمع بين عبده وعبد غيره فقال بعثك أحدهما لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده ، وكذا إذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهم ولا يصرف إلى الثوب ، وليس ذلك كله إلا لما ذكرنا أن قضية هذه المقابلة الانقسام على الشيوع دون التعين ، فالتعين تغيير والتغيير لا يجوز . ولنا أن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد فكان جائز الإرادة فينبغي أن يكون مرادا ، أما أنه جائز الإرادة فلأن كل مطلق يحتمل المقيد لاعتقاله ، ولهذا إذا باع كرا حطة بكرها فسد لأن الكرا قابل الكرا وفضل الآخر . وأما وجوب أن يكون مرادا فلأنه طريق متعين لتصحيح العقد فيجب سلوكه ، ولئن منع تعينه لذلك بإمكان أن يكون درهم من الدرهمين بمقابلة درهم والدرهم الآخر بمقابلة دينار من الدينارين والدينار بمقابلة الدينار الآخر . قلنا : هذا غلط ، لأننا ما أردنا من الطريق إلا التصرف إلى خلاف الجنس على أي وجه كان . على أن فيها ذكرتم تغيرات كثيرة وما هو أقل تغييرا متعين . والجواب عن قولهما إن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه أن يقال فيه تغيير وصف التصرف أو أصله ، والأول مسلم ولا نسلم أنه مانع عن الجواز ، والثاني ممنوع لأن موجب الأصل وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحا لتصرفه وإن كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع إلى معين لما كان أصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقيا ثم أجاب عن المسائل المستشهد بها . أما الأولى : أعنى مسألة المراجعة فبقوله لأنه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله إلى الثوب ،

صرف الزيادة على الألف إلى المشتري . وفي الثالثة أضيف البيع إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده :

وإن كان يتوصل به إلى تصحيحه . قال إمام الحرمين : والمعمد عندى فى التعليق أنا تعبدنا بالمائلة تحقيقا وهنا لم تتحقق فيفسد العقد . قال صاحب الوجيز : وللخصم أن يقول : تعبدنا بتحقيق المائلة فيها إذا تمحضت مقابلة الجنس بالجنس أم على الإطلاق . فإن قلت : الثانى قمنوع ، وإن قلت الأول فسلم ، وليس صورة الخلافية . انتهى ببعض تغيير . وحاصله أن على تقدير مقابلة الجملة بالجملة والجزء الشائع بالشائع لا يقتضى الربا والفساد ، وإنما يقتضيه لو كان التفاضل لازما حقيقة ، وذلك لا يكون إلا إذا قوبل معين بمعين وتفاضلا ، وحينئذ لا حاجة فى التصحيح إلى التوزيع وصرف كل إلى خلاف جنسه عينا ، لكن الأصحاب اقتحموه بناء على أصلى إجماعى . وهو أن مهما أمكن تصحيح تصرف المسام العاقل يرتكب وله نظائر كثيرة ، ولهذا يحمل كلامه على الحجاز وترك حقيقته إذا كان لا يصح على تقديره ، ويدرج فى كلامه زيادة لم يتلفظ بها إذا كان لا يصح إلا بذلك . كأنهم نظروا إلى أن المقابلة على وجه الشروع إن لم تقتض حقيقة الربا استلزم شبهة ، وشبهة الربا معتبرة كحقيقته ، فقالوا العقد كذلك إنما يقتضى مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل ولا الفرد بالفرد من جنسه أو من خلاف جنسه ، لأن اللفظ مطلق غير معرض لواحد منهما لكن مع عدم الاقتضاء يحتمل مقابلة الفرد بالفرد وهو الجنس المعين هنا يجنس معين بدليل أنه يصح تفسيره به ؛ فإنه لو قال بعت هذين الدرهمين والدينارين بدينارين ودرهم على معنى أن الدرهمين بالدينارين والدينارين بالدرهم صح وهو طريق متعين للتصحيح فوجب حمله عليه ، وعلى هذا التقدير لا حاجة إلى قول المصنف وفيه تغيير وصف العقد كأنه نظر إلى أن الظاهر هو مقابلة الجملة بالجملة شائما لا أصله لأنه يبقى موجه وهو ثبوت الملك فى الكل بمقابلة الكل وصار كما اتفقنا عليه فيما إذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف إلى نصيبه تصحيحا لتصرفه ، بخلاف المسائل المذكورة فإن عدم الصرف فيها لعدم الإمكان والتعيين . أما مسألة المراجعة فعدم الصرف لأنه يتغير أصل العقد إذ يصير تولية فى القلب . واعترض بأن مقتضى ما تقدم من وجوب حل المثل على الواحد فى مسألة الطوق والجارية أن يعمل قوله بعتهم بعشرين مائة فيها بعشرة أن يحمل فيهما على أحدهما : يعنى الثوب ، كما حل قوله خذ هذه الألف من ثمنهما على ثمن أحدهما وهو الطوق وكون الطوق لم يصير مائة لا يضر إذ يصدق أن العقد مائة بثوب الربيع فى بعض مبيعات الصفقة الواحدة . وفى المسئلة الثانية وهو ما إذا باع عبدا اشتراه بألف من اشتراه منه مع عبد آخر بألف وخمسة مائة طريق تصحيحه غير متعين أن يكون بصرف الخمسة مائة إلى العبد الآخر فيكون باعها ما اشتراه من اشتراه منه بمثل ما اشتراه منه ، لأنه كما يكون بذلك يكون بصرف أكثر من الخمسة مائة ب درهم أو درهمين أو غير ذلك إلى العبد الآخر فيصير باعها

ولا يخلو من أن يكون مراده أنه تغيير فى الأصل أو غير ذلك ؛ فإن كان الثانى فلم يبينه ، وإن كان الأول فهو ممنوع لما تقدم فى باب زيادة الثمن والتمتع أن الانتقال من الزيادة إلى نقصان تغيير العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع ، ولعله يجوز أن يقال إن ذلك فى المساومة ، أما إذا صرحا بذكر المراجعة فالتغيير إلى التولية فى أصل العقد لا فى وصفه ، وأما الثانية فيقول والطريق فى المسئلة الثانية غير متعين لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف للمشتري ، وقد تقدمت هذه المسئلة فى شراء ما باع بأقل مما باع قبل تقد الثمن ، وأما الثالثة فلائذ أضيف البيع إلى المنكر والمنكر ليس بمحل للبيع والمعين ضده والشئ لا يتناول ضده . وأما فى الأخيرة فإن العقد قد انعقد

(قوله فهو ممنوع لما تقدم فى باب زيادة الثمن) أقول : لعل مراده هو المتع القوى فلا يرد أنه يجوز إلى مقابلة المتع بالمتع .

للمشتري ممن اشتراه منه بأقل مما اشتراه منه . ونقض بأن طريق الصحة أيضا ليس متعينا فيما قلتم . بل له وجه آخر وهو أن يعتبر مقابلة درهم من الدرهمين بمقابلة الدرهم ودينار من الدينارين بمقابلة الدينار والدينار الآخر بمقابلة الدرهم . أجيب بأن التغيير ما أمكن تقيله متعين . وتصحيح التصرف مع قلة التغيير لا يكون إلا بما قلنا فكان ماقلنا متعينا . بخلاف ما فرض فإن فيه ثلاث تغييرات . وأيضاً فإن الذي ادعيته طريقاً متعينا هو صرف الجنس إلى خلاف الجنس كيف كان لا بخصوص ذلك الطريق . وما ذكرتم من ذلك ومن أن أن يصرف نصف درهم إلى نصف درهم والنصف الآخر بمقابلة الدينار في فروض كثيرة لا يخرج عن صرف الجنس إلى خلاف الجنس . وإلى هذا رجع قول صاحب الكافي في الجواب : التعدد إنما يمنع الجواز إذا لم يكن لأحد الوجوه ترجيح بل تساوت . لأنه حينئذ يلزم الترجيح بلا مرجح فتتضمن الوجوه فيمتنع : أما إذا كان فلا ، وفيها اعتبرناه ذلك لأن العقد ورد على اسم الدرهم والدرهمين فلا يغيره ، ونحن أسلفنا لنا في أصل هذا الأصل نظراً استند إلى جواز ثبوت الشيء بعلى مستقلة اجتمعت دفعة . وأما في المسئلة الثالثة وهي ما إذا جمع بين عبده وعبده غيره وقال بعثك أحدهما فلأن البيع أضيف إلى المنكر وهو ليس بمحل للبيع بلهاته ، ولأن المعلن ضده فلا يحمل الشيء على ضده فليس بشيء لأن العرقه مما صدقات النكرة ، فإن زيداً يصدق عليه رجل ولا شك أن يحتمله فيجب حمله عليه . وقد قال أبو حنيفة في قوله عبدي أو حاربي حرّ إنه يعتق العبد ويجعل استعارة المنكر للمعرفة ، وكذا ما قيل إن تصحيح العقد يجب في محل العقد وهو لم يضاف إلى المعلن . واعلم أن ما أورد على دفع النقوض المذكورة إن لحظ له جواب فذلك وإلا فلا يضرك النقض في إثبات المطلوب ، إذ غاية أنه خطأ في محل آخر إذا اعترف بخطئه في محل النقض وذلك لا يوجب خطأ في محل النزاع . وأما في المسئلة الأخيرة وهي ما إذا باع درهما وثوباً بدرهم وثوب وافتراقاً بلا قبض فليس مما نحن فيه ، فإن العقد انعقد صحيحاً ، وإنما طرأ الفساد بالافتراق والصرف لدفع الفساد وهو قد انعقد بلا فساد وكلامنا ليس في الفساد الطارئ . فإن قيل : فليصرف الجنس إلى خلاف جنسه ليبقى صحيحاً كما يصرف لينعقد صحيحاً والمقتضى واحد فهما وهو الاحتيال للصحة : قلنا : الفساد هناك ليس طرؤه متحققاً ولا مظلوناً ليجب اعتبار الصرف من أول الأمر بل يتوهم ، لأن الظاهر أنهما يتقاضيان بعد ماعقداً قبل الافتراق فلا يحتاج إلى ذلك الاعتبار . وأما المسئلة المستشهد بها أولاً وهي الرجوع في ثمن الثوب والفرس وإنما تشهد على أن المقابلة للصلة بالجملة على الشيوع ، ونحن نقول هو الأصل ، وإنما قلنا إذا كان تصحيح العقد يحصل باعتبار التوزيع وجب المصير إليه وهو ثابت في المسئلة المفروضة : ألا ترى إلى ما في الإيضاح قال : الأصل في هذا الباب أن حقيقة البيع إذا اشتملت على إبدال وجب قسمة أحد البديلين على الآخر . وتظهر الفائدة في الرد بالعب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة ، فإن كان العقد مالم لا فيه ، فإن كان مالم لا يتفاوت فالقسمة على الأجزاء ، وإن كان مما يتفاوت فالقسمة على القيمة ، وأما فيما فيه الربا وإنما تجب القسمة على الوجه الذي يصح به العقد : مثاله : باع عشرة دراهم بخمسة دراهم ودينار يصح العقد ، فإن الخمسة بالخمسة والخمسة الأخرى بإزاء الدينار ، وكذا لو قابل جنسين يجنسين كما في مسئلة الكتاب انتهى . ونظير المسئلة

صحيحاً وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض ، وكلامنا في الابتداء : يعني أن الصرف إلى خلاف الجنس لصحة

قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم) لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روي لنا ، فالظاهر أنه أراد به ذلك فينبى الدرهم بالدينار وهما جنسان ولا يعتبر التساوى بينهما (ولو تباعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب وأحدهما أقل ومع أطلهما شيء آخر تباع قيمته باقى الفضة جاز البيع من غير كراهية ، وإن لم تباع فاع الكراهية ، وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع) لتحقق الربا إذ الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربا .

المذكورة المسئلة التي تلى هذه وهى (قوله ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع) وتكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لأن شرط البيع في الدراهم التماثل وهو بذلك فينبى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوى بينهما . ثم فرع المصنف فرعا بين فيه أن بعض هذه البياعات وإن كانت جائزة في الحكم فهى مكروهة فقال (ولو تباعا فضة بفضة أو ذهباً بذهب) يعنى وأحدهما أقل من الآخر إلا أن مع الأقل شيء آخر كفأوس أو غيرها مما يبلغ قيمته قدر الزيادة في البذل الآخر أو أقل بقدر يتخاين فيه فالبيع جائز من غير كراهية ، وإن لم يكن فهو جائز مع الكراهية كان يضع معه كفا من زبيب أو فلسين : وقيل لمحمد كيف تجده في قلبك ؟ قال : مثل الجبل ، ولم ترو الكراهية عن أبى حنيفة بل صرح . في الإيضاح أنه لا بأس به عند أبى حنيفة ، قال : وإنما كره محمد ذلك لأنه إذا جاز على هذا الوجه ألف الناس التفاضل واستعملوه فيما لا يجوز ، وهكذا ذكر في المحيط أيضا . وقيل إنما كرهه لأنها بائرا الخيلة لسقوط الربا . كبيع العينة فإنه مكروه لهذا . وأورد لو كان مكروها كان البيع في مسئلة الدرهمين والدينار بدرهم ودينارين وهى المسئلة الخلافية مكروها ولم يذكره . أجيب بأنه إنما لم يذكر الكراهية هناك لأنه وضع المسئلة فيها إذا كان الزائد دينارا بمقابلة الدرهم وقيمة الدينار تباع الدرهم وترى وحينئذ لا كراهية ، ولا يفتى أن العقد واحد ، وكما أن قيمة الدينار تباع وترى على قيمة الدرهم فالدرهم لا تباع قيمته قيمة الدينار ولا تنقص بقدر يتخاين فيه ، فالعقد مكروه بالنظر إلى الطرف الآخر . والذى يقتضيه النظر أن يكون مكروها إذ لا فرق بينه وبين المسئلة المذكورة في جهة الكراهية ، وغاية الأمر أنه لم ينص هناك على الكراهية فيه : ثم ذكر أصلا كلياً يفيد ، وينبى أن يكون قول أبى حنيفة أيضا على الكراهية كما هو ظاهر إطلاق كلام المصنف من غير ذكر خلاف ، ولما إذا ضم مالا قيمة له ككف من تراب لا يصبح لأنه لم يقابل الزيادة مال .

العقد ابتداء وهو في الابتداء صحيح . قال (ومن باع أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار الخ) المسئلة المتقدمة كان البدلان فيها جنسين من الأموال الربوية وفي هذه أحدهما وهى صحيحة كالأولى ، وتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم لأن شرط الصرف التماثل لما روي لنا من الحديث المشهور وهو موجود ظاهرا ، إذ الظاهر من حال البائع إرادة هذا النوع من المقابلة حملا على الصلاح وهو الإقدام على العقد الجائز دون الفساد . قال (ولو تباعا فضة بفضة الخ) ولو باع عشرة دراهم وشيئا معه بمائة عشر درهما ، فلما أن يكون له قيمة أولا ، والأول إما أن تباع قيمته الفضة أولا ، فإن كان مما لا قيمة له كالتراب مثلا لا يجوز البيع لأن الزيادة لم يقابلها عوض فتحقق الربا وإن كانت قيمته تباع الفضة كتوب يساوى خمسة جاز بلا كراهية ، وإن لم تباع فهو جائز مع الكراهية ككف من زبيب أو جوزة أو بيضة . والكراهية ، إما لأنه احتيال لسقوط الربا فيصير كبيع العينة في أخذ الزيادة بالحيلة ، وإما لأنه يفضى إلى أن يألف الناس فيستعمروا ذلك فيما لا يجوز . فإن قيل : فالمسئلة المتقدمة مشتملة على ما ذكرت ولم تذكر فيها الكراهية . أجيب بأنه إنما لم يذكرها لأنه وضع المسئلة فيها إذا كان الدينار الزائد بمقابلة الدرهم وقيمة

قال (ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز) ومعنى المسئلة إذا باع بعشرة مطلقة . ووجهه أنه يجب بهذا العقد أن يجب عليه تعيينه بالقبض لما ذكرنا ، والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس المبيع لعدم المجاسة ، فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسح ^{في الدين} ^{بالمقاصة}

[فرع] اشترى تراب القضة بقضة لا يجوز لأنه إن لم يظهر في التراب شيء فظاهر ، وإن ظهر فهو بيع القضة بالقضة مجازفة ، ولهذا لو اشتراه بتراب قضة لا يجوز لأن البديلين هما القضة لا التراب . ولو اشتراه بتراب ذهب أو بذهب جاز لعدم لزوم العلم بالمماثلة لاختلاف الجنس . فلو ظهر أن لا شيء في التراب لا يجوز وكل ما جاز فشرى التراب بالخيار إذا رأى لأنه اشترى ما لم يره (قوله ومن له على آخر عشرة فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة وقبض الدينار) فإن كان أضاف إلى العشرة الدين جاز اتفاقا ، ويجب بهذا العقد عشرة ثم لا يجب

الدينار تبلغ قيمة الدرهم ولا تزيد ، وعلى هذا يكون الدينار غير المصطاح وهو ما تكون قيمته عشرة دراهم . والحق أن السؤال ساقط لأن الكراهة إنما هي للاحتيال لسقوط ربا الفضل وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة لأن فيها الظاهر من حالها إرادة المبادلة ، بخلاف هذه المسئلة ، فإن إرادة المبادلة بين حصة من زبيب والقضة الزائدة ليست بظاهرة (قوله ومن كان له على آخر عشرة دراهم الخ) مسئلة يتبين بها بيع النقد بالدين وهو على ثلاثة أقسام : لأنها إما أن يكون سابقا أو مترا أو لاحقا ، فإن كان سابقا وقد أضيف إليه العقد كما إذا كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بالعشرة الذي عليه فإنه يجوز ^(ب) بخلاف وسقطت العشرة عن ذمة من هو عليه لأنه ملكها بدلا عن الدينار . غاية ما في الباب أن هذا عقد صرف وفي الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازا عن الكلي بالكلي . ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك لأن قبض أحد البديلين حصل الأمن عن خطر الهلاك ، فالو لم يقبض الآخر كان فيه خطر الهلاك لأن الدين في معنى التأدي فيلزم الربا ، وهذا معلوم فيما نحن فيه لأن الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقط عن باع الدينار حيث سلم له فلم يبق له خطر الهلاك . وحاصله أن تعيين أحد البديلين بعد القبض الآخر للاحتراز عن الربا ، ولا ربا في دين يسقط وإنما هو في دين يقع الخطر في عاقبته ، وإن كان مقارنا بأن أطلق النقد ولم يضاف إلى العشرة التي عليه وقع الدينار ، فلما أن يتقاضيا أو لا ، فإن كان الثاني لم تقع المقاصة ما لم يتقاصا بالإجماع ، وإن كان الأول جاز ووقعت المقاصة استحسانا . والقياس ينفيه ، وبه قال زفر رحمه الله ، لأنه استبدل ببذل الصرف وهو لا يجوز كما لو أخذ ببذل الصرف عرضا . ووجه الاستحسان أنه يجب بهذا العقد أن واجب التحيين بالقبض لما ذكرنا من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق بقوله عليه الصلاة والسلام « يدا بيد » والدين ليس بهذه الصفة فلا تقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجاسة بين العين والدين ، لأن بدل الصرف واجب التحيين بالقبض والدين قد سبق وجوبه ، لكنهما إذا أقما على المقاصة بتراضيهما لا بدعة من تصحيح ولا صحة لما مع بقاء عقد الصرف فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الأول ، والإضافة إلى الدين الذي كان .

(قوله وهو لا يتحقق في المسئلة المتقدمة) أقول : فيه بحث (قوله وهو على ثلاثة أقسام الخ) أقول : إن اعتبر ما أنصف إليه العقد فالأقسام اثنان سابق ومقارن ، وإن اعتبر ما وقع به المقاصة فثلاثة سابق ولاحق فلا وجه لجلسة ثلاثة (قوله ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك الخ) أقول : أشار بقوله ذلك إلى الربا (قوله بأن أطلق العقد الخ) أقول : فإنه إذا أطلق يكون بدل الدينار وهو العشرة دينار في ذمة المشتري مقارنا للعقد فإن افترض أنه لم يتبدل بل تقاسا (قوله ما لم يتقاصا) أقول : هذا زائد (قوله بقوله عليه الصلاة والسلام « يدا بيده ») أقول : الأول أن يقول لقوله عليه الصلاة والسلام « يدا بيده » فإن لفظ الحديث يدل على وجوب قبض العوضين في المجلس في بيع اللخب بالقضة وعكسه على ما رواه المصنف هذا إلا أن يكون من قبيل النقل بالمضى .

الاول والإضافة إلى الدين ، إذ لولا ذلك يكون استبدالاً ببديل الصرف ، وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبيته ، والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسة ، وزفر يخالفنا فيه لأنه لا يقول بالاقتضاء ،

تعيته بالقبض لأن تعيين أحد البديلين في الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعين الآخر لدفع الربا بالتساوى . وقد اندفع الدين بالدين في هذه الصورة بقبض أحد العوضين وهو الدينار والقبض الذي يتحقق منه التعيين في البديل الآخر قد تحقق سابقاً ، فعند الإضافة إلى ذلك المقبوض يحصل به المقصود من الماثلة بين البديلين وهو كون كل منهما مقبوضاً قبضاً يحصل به التعيين ، بخلاف ما إذا لم يضاف إليه لأن موجب العقد حينئذ عشرة مطلقة لا يلزم أن تكون هذه العشرة الدين ، ولذا قال زفر رحمه الله فيما إذا باعه المدينون بالعشرة ديناراً بعشرة وهي مسئلة الكتاب ثم مقاصداً لا يجوز ، لأن موجب ذلك العقد عشرة مطلقة فلا تصير تلك العشرة المعينة . ونحن نقول : موجب العقد عشرة مطلقة تصير متعينة بالقبض وبالإضافة بعد العقد إلى العشرة الدين صارت كذلك ، غير أنه بقبض سابق كما ذكرنا ، ولا يابى به لحصول المقصود من التعيين بالقبض بالتساوى . وعلى هذا التقرير لا حاجة إلى اعتبار فسخ العقد الأول بالإضافة إلى العشرة الدين بعد العقد على الإطلاق ، بخلاف ما لو باع بألف ثم بألف وخمسة فإن الفسخ لازم لأن أحدهما لم يصدق على الآخر ، بخلاف العشرة مطلقاً مع هذه العشرة للصدق . لأن الإطلاق عليه ضرورة إذ لولا ذلك كان استبدالاً ببديل الصرف وهو لا يجوز ، وعلى هذا كان الفسخ ثابتاً بالاقتضاء ، ولما ذلك لأن لهما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الأولى ، وهو نظير ما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسة . وفيه بحث من أوجه : الأول أن علم الخيانة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت إذا أضيف العقد إلى الدين السابق . الثاني أن الثابت بالاقتضاء يجب أن يثبت على وجه لا يبطل به مقتضى ، وإذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لأنه يقتضى قيام العشرة الثابتة بالمقد وقد فأت الفسخ . الثالث أن العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة لأن لإقالة الصرف حكم الصرف . والجواب عن الأول ما أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله (وفي الإضافة إلى الدين) يعنى الموهود (تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبيته) وعن الثاني بأن المقاصة تقتضى قيام العقد وهو موجود لأتهما لما أبطل العقد الصرف صاراً كأنهما عقداً جديداً فتصح المقاصة به . وعن الثالث بأن الإقالة ضمنية تليث في ضمن المقاصة فجواز أن لا يثبت لئلا هذه الإقالة حكم البيع ، وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له وجه القياس . فإن قيل : لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضى الله عنهما وهو ما روى أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « إني أكرى إبلاً بالبيع إلى مكة بالدرهم فأخذ مكانها دنائير . أو قال بالعكس . فقال صلى الله عليه وسلم : لا بأس بذلك إذا افرقنا وليس بينكما عمل » فالجواب أنه يدل على المقاصة . وليس فيه دلالة على أنهما كانا يضيفان العقد إلى الدين الأول أو إلى مطلقه فلم يكن قاطعاً حتى ياتره زفر وإن كان لاحقاً

عليه ضرورة إذ لولا ذلك كان استبدالاً ببديل الصرف وهو لا يجوز ، وعلى هذا كان الفسخ ثابتاً بالاقتضاء ، ولما ذلك لأن لهما فسخ أصل العقد فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الأولى ، وهو نظير ما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسة . وفيه بحث من أوجه : الأول أن علم الخيانة بين العين والدين لو منع المقاصة لما وقعت إذا أضيف العقد إلى الدين السابق . الثاني أن الثابت بالاقتضاء يجب أن يثبت على وجه لا يبطل به مقتضى ، وإذا ثبت الفسخ المقتضى بطل المقتضى وهو المقاصة لأنه يقتضى قيام العشرة الثابتة بالمقد وقد فأت الفسخ . الثالث أن العقد لو فسخ للمقاصة وجب قبض الدينار على البائع بحكم الإقالة لأن لإقالة الصرف حكم الصرف . والجواب عن الأول ما أشار إليه المصنف رحمه الله بقوله (وفي الإضافة إلى الدين) يعنى الموهود (تقع المقاصة بنفس العقد على ما نبيته) وعن الثاني بأن المقاصة تقتضى قيام العقد وهو موجود لأتهما لما أبطل العقد الصرف صاراً كأنهما عقداً جديداً فتصح المقاصة به . وعن الثالث بأن الإقالة ضمنية تليث في ضمن المقاصة فجواز أن لا يثبت لئلا هذه الإقالة حكم البيع ، وزفر رحمه الله حيث لم يقل بالاقتضاء لم يوافقهم في المسئلة فتعين له وجه القياس . فإن قيل : لم ترك المصنف رحمه الله الاستدلال بحديث ابن عمر رضى الله عنهما وهو ما روى أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم « إني أكرى إبلاً بالبيع إلى مكة بالدرهم فأخذ مكانها دنائير . أو قال بالعكس . فقال صلى الله عليه وسلم : لا بأس بذلك إذا افرقنا وليس بينكما عمل » فالجواب أنه يدل على المقاصة . وليس فيه دلالة على أنهما كانا يضيفان العقد إلى الدين الأول أو إلى مطلقه فلم يكن قاطعاً حتى ياتره زفر وإن كان لاحقاً

فإن قوله فكان لهما تغيير وصف العقد) أقول : فيه بحث أن هذا ليس بتغيير وصف (قال المصنف : وفي الإضافة إلى الدين تقع المقاصة) أقول : فإن احتج في ذلك شيء في جهة المقاصة في هذه الصورة فاعلم أن في الإضافة إلى الدين لا يثبت الدين ، ولذا إذا تصادق أن الدين لا يبطل للعقد كما يحكى في كتاب التركة فكان الإلحاق والتقييد سواه فليأمل (قال المصنف : على ما نبيته) أقول : قال الإلتفات إشارة إلى قوله فكأن ذلك الجواز انتهى ، وفيه بحث (قوله فالجواب أنه يدل على المقاصة وليس فيه دلالة على) أقول : الإلحاق وترك التخصيص فوضع يحتج إليه يمكن لصحة الاستدلال .

وهذا إذا كان الدين سابقا ، فإن كان لاحقا فكل ذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز . قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) والغلة ما يرده بيت المال ويأخذها التجار . ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة . قال (وإذا كان الغالب على الدراهم القضة فهي قضة ، وإذا كان الغالب على الدينارين الذهب

ليس قيما في العقد بها وإلا لم يكن قضاؤها أصلا إذ لا وجود للمطلق بقيد الإطلاق وعلى ذلك مشوا . وتقريره أنها لما غيرا موجب العقد فقد فسخاها إلى عقد آخر اقتضاء ، ولما لم يقل زفر بالاقتضاء ولما لم يقل في أعتق عبدك عنى بالف إنه يقع عن الأمر إذا اعتقه المالك لم يتسخ فلا يتحول حكمه (وهذا إذا كان الدين سابقا) على بيع الدينار (فإن كان لاحقا) قبل الافتراق والمثلة بجملة بأن عقدا على الدينار بعشرة ثم باع المشتري الدينار من بائعه ثوبا بعشرة ثم قاصصه بثمن الدينار عنها ففي رواية لا يصح ، والأصح أنه يصح لما ذكرنا من حصول المقصود وعلى ما ذكر المصنف من حصول الانفساخ والإضافة إلى الدين بعد تحققه . وقال التقي أبو الليث في شرح الجامع الصغير : إذا استقرض بائع الدينار عشرة من المشتري أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج إلى الرضا لأنه قد وجد منه القبض (قوله ويجوز بيع درهمين صحيحين ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ، والغلة ما يرده بيت المال) لا للزيادة ، بل لأنها دراهم مقطعة مكسرة يكون في القطعة ربع وثمان وأقل وبيت المال لا يأخذ إلا الغالي ، وإنما جاز للمساواة في الوزن والجودة فالصحة ساقطة الاعتبار لأن الجودة في الأموال الربوية عند المقابلة بالجنس ساقطة (قوله وإذا كان الغالب الخ) الدراهم والدينارين لما أن يكون الغالب عليها

بأن اشترى دينارا بعشرة دراهم وقبض الدينار ثم إن اشترى الدينار باع ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم ثم أراد أن يتقاصا فقيه روايتان . في رواية أبي سليمان وهي التي اختارها فخر الإسلام ، وقال المصنف : في أصح الروايتين تقع المقاصة ، وفي رواية أبي حنيفة واختارها جهم الأئمة وقاضيهان : لا تقع المقاصة لأن الدين لاحق والنبي صلى الله عليه وسلم جاز المقاصة في دين سابق بحديث ابن عمر رضي الله عنهما . ووجه الأصح أن قصدهما المقاصة يتضمن الانفساخ الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فيكون الدين حينئذ سابقا على المقاصة هذا هو الموعود من الجواب عن السؤال الأول ، وهو ليس بدافع كما ترى إلا إذا أضيف أن القياس يقتضي أن لا تقع المقاصة بين الدين والعين أصلا لعدم المجانسة ، إلا أنه استحسن ذلك بالأثر ، ويقوى هذا الوجه أن الدين لا يتعين بالتعيين كما تقدم ، فالمطلق والعقيد منه سواء ، وقد وقعت المقاصة إذا أضيف إلى الدين السابق بالاتفاق فكذا باللاحق بعد فسخ العقد الأول ، وإلا لكان الدين يتعين بالتعيين وذلك خالف ؛ أو يقال المراد بعدم المجانسة عدم كونهما موجبي عقد واحد ، فإذا أضيف إلى الدين السابق تمانسا ، وإذا أضيف إلى دين مقارن عدم المجانسة بين العين والدين السابق وإنما المجانسة حينئذ بينهما ، وبين الدين المقارن وهذا أوضح ، قال (ويجوز بيع درهم صحيح ودرهم غلة الخ) الغلة من الدراهم هي القطعة التي في القطعة منها قيراط أو طسوج أوجه فيردها بيت المال لا لزيافتها بل لكونها قطعا ويأخذها التجار ويباع درهم صحيح ودرهم غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة جائز لوجود مقتضى وانتفاء المانع . أما الأول فلصوره عن أهله في عمله مع وجود شرطه وهو المساواة ، وأما الثاني فلأن المانع أن تصور هاهنا في الجودة وهي ساقطة العبرة عند المقابلة بالجنس . قال (وإن كان الغالب على الدراهم القضة فهي دراهم الخ) الأصل أن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة ؛ فالأول كما في الرديء ، والثاني

(قوله ويقوى به الوجه) نقول : أنه وجه الأصح .

فهى ذهب ، ويعتبر فيهما من محرم التفاضل ما يعتبر في الجهاد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض إلا متساويا في الوزن ؛ وكذا لا يجوز الاستقراض بها إلا وزنا) لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع الغش ، وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل بالرذاعة ، والجيد والرديء سواء (وإن كان الغالب عليهما الغش فليس في حكم الدرهم والدنانير) اعتبارا للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف (وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس) فهى في حكم شيئين فضة وصغر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الغضة من الجانبين ، فإذا شرط القبض في الغضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر . قال رضى الله عنه :

الذهب والفضة والغش أقل ، أو الغالب الغش والذهب والفضة أقل أو متساويين ، فإن كان الغالب الذهب في الدنانير والفضة في الدرهم فهما كالذهب الخالص والفضة الخالصة اعتبارا للغالب لأنها على ما قيل قلما تنطبع إلا بقليل غش (وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه) الذى يقال له ناقص الميار في عرفنا والرذاعة مهذرة شرعا عند المقابلة بالجيد ، فكذا الغش المغلوب إلحاقا له بها ، وإذا كان كخالصين فلا يجوز بيعهما بالخالص مع الذهب والفضة إلا متساويين في الوزن ، وكذا بيع بعضها ببعض ، وكذا لا يجوز استقراضها بها إلا وزنا كاستقراض الذهب والفضة الخالصين (وإن كان الغالب فيهما الغش فليس في حكم الدرهم والدنانير) الخالصة (اعتبارا للغالب ، فإن اشترى بها فضة خالصة فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف) وهى أنه إن كانت الغضة الخالصة مثل الغضة التي في الدرهم أو أقل أو لا يدرى لا يصح في الغضة ولا في النحاس أيضا إذا كان لا يتخلص الغضة إلا بضرر ، وإن كانت الخالصة أكثرهما في الدرهم جاز ليكون مائى الدرهم من الغضة بمثلها من الخالصة والزائد من الخالصة بمقابلة الغش (وكذا يجوز بيعها بجنسها متفاضلا صرفا للجنس إلى خلاف الجنس) أى يصرف كل من الدرهم إلى غش الدرهم الأخرى (لأنها في حكم شيئين فضة و) غش (صفر) أو غيره (ولكنه) مع هذا (صرف حتى يشترط القبض) وقبل الافتراق ويجوز المصنف (بالمجلس) عنه (لوجود الغضة من الجانبين ، وإذا شرط القبض في الغضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر) ولا يخفى أن هذا لا يتأتى في كل درهم

ما يغلط للاطلاع فلأنه بدونه تنفذ ، وإذا كان كذلك يعتبر الغالب لأنه لما غاب في مقابلة الغالب كاستهلاك ، فإذا كان الغالب على الدرهم والدنانير الغضة والذهب كانا في حكم الغضة والذهب يعتبر فيهما من محرم التفاضل ما يعتبر في الجهاد فلا يجوز بيع الخالص بها ولا بيع بعضها ببعض ولا الاستقراض بها إلا متساويا في الوزن (وإن كان الغالب عليهما الغش فليس في حكم الدرهم والدنانير) فإن اشترى بها إنسان فضة خالصة ، فإن كانت الغضة الخالصة مثل تلك الغضة التي في الدرهم المغموشة أو أقل أو لا يدرى فالببيع فاسد ، وإن كانت أكثر صح وهى الوجوه المذكورة في حلية السيف (وإن بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس وهى في حكم فضة وصغر) قوله (ولكنه صرف) جواب عما يقال إذا صرف الجنس إلى خلاف الجنس فلا يكون صرفا فلا يبيى القايض شرطا . ووجه ذلك أن صرف الجنس إلى خلاف جنسه ضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى فبقى العقد فيها وراء ذلك صرفا (واشترط القبض في المجلس لوجود الغضة من الجانبين . وإذا شرط القبض في الغضة يشترط في الصفر لأنه لا يتميز عنه إلا بضرر) وهذا يشير إلى أن الاستهلاك إنما يتحقق عند عدم التمييز

(قوله وهذا يشير إلى أن الاستهلاك إنما يتحقق عند عدم التمييز) .

ومشايخنا رحمه الله لم يفتوا بجواز ذلك في العدلى والخطارفة لأنها أعزّ الأموال في ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيه يفتح باب الربا ، ثم إن كانت تروج بالوزن فالتياب والاستقراض فيها بالوزن ، وإن كانت تروج بالعدّ فالعد ، وإن كانت تروج بهما فيكّل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيما إذا لم يكن فيما نص ، ثم هي مادامت تروج تكون أثمانا لاتتبعن بالتعيين ، وإذا كانت لاتروج فهي سامة تتعين بالتعيين ، وإذا كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي كالزئوف لايتعلق العقد

غالبه الغش ، بل إذا كانت القضة المغلوبة بحيث تتخلص من النحاس إذا أريد ذلك ، فأما إذا كانت بحيث لا تتخلص لقلتها بل تخسر لاعتبرها أصلا بل تكون كالموهبة لا تعتبر ولا يراعى فيها شرائط الصرف ، وإنما هو كاللون وقد كان في أوائل قرن سبعمائة في فضة دمشق قريب مع ذلك . قال المصنف رحمه الله (و مع هذا « مشايخنا » يعنى مشايخ ما وراء النهر من بخارى و سمرقند لم يفتوا بجواز ذلك) أى بيعها بجنسها متفاضلا (في العدلى والخطارفة) مع أن الغش فيها أكثر من القضة لأنها أعزّ الأموال في ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيها يفتح باب الربا المصرى ، فإن الناس حينئذ يعتادون التفاضل في الأموال النفيسة فيتدرجون إلى ذلك في القنود الخالصة فتع ذلك حسا لمادة الفساد . والخطارفة دراهم منسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد ، وقيل هو خال الرشيد (ثم إن كانت) هذه الدراهم التى غلب غشها (تروج بالوزن فالبيع بها والاستقراض بالوزن ، وإن كانت إنما تروج بالعدّ فالبيع بها والاستقراض لها بالعدّ) ليس غير (وإن كانت تروج بهما فيكّل واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيما لم يكن نص) على ما عرف في الربا (وما دامت تروج فهي أثمانا لاتتبعن بالتعيين) ولو هلكت قبل القبض لا يبطل العقد وإن كانت غير راثية فهي سبعة تتعين بالتعيين) ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم ، وهذا إذا كانا يعلمان بحالهما ويعلم كل من المتعاقدين أن الآخر يعلم ، فإن كانا لا يعلمان أو لا يعلم أحدهما أو يعلمان ولا يعلم كل أن الآخر يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الراضية في ذلك البلد لا بالمشار إليه من هذه الدراهم التى لاتروج ، وإن كان يقبلها البعض ويردها البعض فهي في حكم الزئوف والنهرجة ، فيتعلق البيع بجنسها لا بعينها كما هو في الرأثية ، لكن يشترط أن يعلم البائع خاصة ذلك من أمرها لأنه رضى بذلك وأدرج نفسه في البعض

قال المصنف رحمه الله (ومشايخنا) يريد به علماء ما وراء النهر (لم يفتوا بجواز ذلك) يعنى التفاضل (في العدلى والخطارفة) أى الدراهم الخطريفية وهى المنسوبة إلى غطريف بن عطاء الكندى أمير خراسان أيام الرشيد ، وقيل هو خال هارون الرشيد (لأنها أعزّ الأموال في ديارنا ، فلو أبيح التفاضل فيه) أى لو أفتى بإباحته (تدرجوا إلى الفضة والذهب بالقياس) ثم المعتبر في المعاملات بها المعتاد (فإن كانت تروج بالوزن كان التبايع والاستقراض فيها بالوزن ، وإن كانت تروج بالعدّ فهما فيها بالعد ، وإن كانت تروج بهما فيكّل واحد منهما حيث لم يكن منصوبا عليها ، ثم هي مادامت تروج تكون أثمانا لاتتبعن بالتعيين) فإن هلكت قبل التسليم لا يبطل العقد بينهما ويجب عليه مثله (وإذا كانت لاتروج فهي سلمة تتعين بالتعيين) كالرصاص والسوقة ويبطل العقد بهلاكها قبل التسليم إذا علم المتعاقدان حال الدراهم ويعلم كل واحد منهما أن صاحبه يعلم ، وإن لم يعلموا لم يعلم أحدهما أو علما ولكن لم يعلم كل منهما أن صاحبه يعلم فإن البيع يتعلق بالدراهم الراضية في ذلك البلد الذى عليها معاملات الناس دون المشار إليه (وإن كانت يقبلها البعض دون البعض فهي كالزئوف لايتعلق العقد

أقول : تحقيقه فى النهاية ، ثم أقول : وجه الإشارة ليعلم من غفاه ، ثم قوله إلى أن الاستهوك : أى استهلاك المطلوب من الفضة والفضة .

بعينها بل يحنسها زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها لتحقق الرضا منه ، ويحنسها من الجهاد إن كان لا يعلم لعدم الرضا منه (وإذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس للمعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف رحمهما الله : عليه قيمتها يوم البيع . وقال محمد رحمه الله : قيمتها آخر ما تعامل الناس بها) لهما أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد ، كما إذا اشترى بالرطب فانقطع أو أنه . وإذا بقي العقد وجبت القيمة ، لكن عند أبي يوسف رحمه الله وقت البيع لأنه مضمون به ، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأنه أو أن الانتقال إلى القيمة : ولأبي حنيفة رحمه الله أن الثمن يهلك

اللى يقبلونها به ، وإن كان البائع لا يعلم تعاقى العقد على الأروج ، فإن استوت في الراجح جرى التفصيل الذى أسلفناه في أول كتاب البيع ، وتعيين المصنف الجهاد تساهل (و) من أحكام هذه الدرامم التى غلب غشها أنه (لو اشترى سلعة بها فكسدت) أى قبل قبضها (بطل البيع عند أبي حنيفة) فإن كان المبيع قائما مقبوضا رده ، وإن كان مستهلكا أو هالكا رجع البائع عليه بقيمته إن كان قيميا ومثله إن كان مثليا ، وإن لم يكن مقبوضا فلا حكم لهذا البيع أصلا . وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى وأحمد : لا يبطل . ثم اختلفوا (فقال أبو يوسف : عليه قيمتها يوم البيع) قال في الأخيرة : وعليه الفتوى (لأنه مضمون به) أى بالبيع ، وهو نظير قوله في المصنوب إذا هلك أن عليه قيمته يوم الغصب لأنه يوم تحقق السبب (وقال محمد : عليه آخر ما تعامل الناس بها) وهو يوم الانقطاع (لأنه أو أن الانتقال إلى القيمة) وفي المحيط والتممة والحقايق به يقتضى رفقا بالناس (لهما أن البيع قد صح بالإجماع) إلا أنه تعذر التسليم ، أى تسليم الثمن لانعدام الثمنية (بالكساد) والضمير ضمير الشأن (وأنه) أى الكساد (لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب) شيئا (فانقطع) في (أو أنه) بأن لا يوجد في الأسواق لا يبطل اتفاقا ونجس القيمة أو ينتظر زمان الرطب في السنة الثانية فكذا هنا (ولأبي حنيفة أن الثمن يهلك بالكساد) لأن مالية

بعينها بل يحنسها زيوفا إن علم البائع خاصة لأنه رضى يحنس الزيوفا ، وإن لم يعلم تعاقى العقد يحنسها من الجهاد لعدم الرضا منه بالزيوف . وإذا اشترى بها سلعة ثم كسدت قبل النقد فترك الناس للمعاملة بها بطل العقد عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : لم يبطل وعليه قيمتها ، لكن عند أبي يوسف قيمته يوم البيع : وعند محمد آخر ما تعامل الناس بها (والمصنف فسر الكساد بترك الناس للمعاملة بها ، ولم يذكر أنه في كل البلاد أو في البلد الذى وقع فيه العقد . ونقل عن عيون المسائل أن عدم الراجح إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان لأنه حيثئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن ، وأما إذا كان لا يروج في هذه البادية ويروج في غيرها لا يفسد البيع لأنه لم يهلك لكنه تيب ، فكان للبائع الخيار إن شاء قال أعط مثل النقد الذى وقع عليه البيع وإن شاء أخذ قيمة ذلك دنائير . قالوا : وما ذكر في العيون يستقيم على قول محمد ، وأما على قوله فلا يستقيم ، وينبغى أن يكتب بالكساد في تلك البلدة بناء على اختلافهم في بيع الفلاس بالفلسين . عندهما يجوز اعتبارا لاصطلاح بعض الناس ، وعند محمد لا يجوز اعتبارا لاصطلاح الكل . فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضا (لهما أن العقد قد صح) لوجود ركنه في محله من غير مانع شرعى (إلا أنه تعذر التسليم بالكساد ، وذلك لا يوجب الفساد كما إذا اشترى بالرطب فانقطع ، وإذا بقي العقد قال أبو يوسف : وجب القيمة يوم البيع لأنه مضمون بالبيع ، وقال محمد : قيمته يوم الانقطاع : أى الكساد لأنه انتقل الحق منه إلى القيمة في ذلك اليوم . ولأبي حنيفة أن الثمن يهلك

(قوله يستقيم على قول محمد) أقول : محمد لا يقول بأن الكساد يوجب الفساد فكيف يستقيم ذلك على قوله فلو تأمل .

بالكساد لأن الثنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل ؛ وإذا بطل البيع يجب رد المبيع إن كان قائما وقيمه إن كان هالكا كما في البيع الفاسد .

الفلوس والدرهم الغالبة الغش (بالاصطلاح) لا بالخلفه (وما بقي) الاصطلاح بل انتفى فانضت الثنية (فبقى بيعا بلا ثمن) بخلاف التقدين فإن ماليتهما بالخلفه لا بالاصطلاح ، كآلية العبد لما كانت بالحياة ذهبت بذهاب الحياة . لا يقال : فلنصر مبيعة إذا انضت ثمنيتها . لأننا نقول : نصير مبيع في النعمة والمبيع في النعمة لا يجوز إلا في العلم . واعترض في بعض الحواشي بأن انتفاء ثمنيتها يوجب أنه يصير بيع مقايضة فلا يستلزم كونه ديناً ولا يبطل بعدم القبض قبل الافتراق على ما قلنا من ثبوت التصيين في البدلين بمجرد العقد فلا يزم الافتراق عن دين بدين ، إلا أن الحبيب نظراً أن صورة المسئلة أنه باع ب درهم كذا وكذا غلب غشها ، وهذا لا يوجب أنه يصير بيع مقايضة إذا كسدت قبل القبض ، وليس في صورة المسئلة أحضر الدرهم وأشار إليها بعينها بل باع بها على نخط ما يباع بالثمن ، وهذا لأن الفرض أن البيع وقع حال رواجها أماناً وإنما كسدت بعده قبل القبض ، فلم ينتبه هذا المترض لصورة المسئلة فلم يثبت لزوم كونه بيعاً بلا ثمن ، ثم شرط في العيون أن يكون الكساد في سائر البلاد ، فلو كسد في بعض البلاد دون البعض لا يبطل عند أبي حنيفة لأنها لم تهلك ليصير البيع بلا ثمن ولكن تعينت فيكون البائع بالخيار إن شاء أخذ مثل العقد الذي وقع عليه البيع وإن شاء أخذ قيمته دنائير . قالوا : وما ذكر في العيون على قول محمد ، وأما على قولهما فلا . وينبغي أن يتنقى البيع بالكساد في تلك البلدة التي وقع فيها البيع بناء على اختلافهم في بيع الفلوس بالفلوسين : عندما يجوز اعتباراً لاصطلاح بعض الناس : وعند محمد لا يجوز اعتبار لاصطلاح الكل ، فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً ، وما ذكرناه في الكساد مثله في الانقطاع ، والفلوس الناقصة إذا كسدت كذلك هذا إذا كسدت أو انقطعت ، فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالإجماع ولا يصحير البائع ، وعكسه لو غلت قيمتها وازدادت فالبيع على حاله ولا

بالكساد لأن الدرهم التي غلب غشها إنما جعلت ثمناً بالاصطلاح ، فإذا ترك الناس المعاملة بها بطل ، وإذا بطل الثنية بقي بيعاً بلا ثمن وهو باطل) لا يقال : العقد تناول عينها وهو باق بعد الكساد وهو مقدور التسليم . لأننا نقول : إن العقد تناولها بصفة الثنية لأنها مادامت رائجة فهي تثبت ديناً في النعمة ، وبالكساد ينعدم منها صفة الثنية ، وصفة الثنية في الفلوس والدرهم الغشوشة التي غلب غشها كصفة المالية في الأعيان ، ولو انعدمت المالية بهلك المبيع قبل القبض أو يتخمر العصير فسد البيع فكذا هذا . والجواب عن الربط أن الربط مرجو الحصول في العام الثاني غالباً فلم يكن هالكا من كل وجه فلم يبطل ، لكنه يتخير بين التمسك والصبر إلى أن يحصل . أما الكساد في الدرهم الغشوشة التي غلب عليها غشها فهلاك الثنية على وجه لا يرجى الوصول إلى ثمنيتها في ثاني الحال لأن الكساد أصلي والشئ إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه ، وإذا بطل البيع فإن لم يكن المبيع مقبوضاً فلا حكم لهذا البيع أصلاً ، وإن كان مقبوضاً فإن كان قائماً وجب رده بعينه ، وإن كان هالكا أو مستهلكاً ، فإن كان مثلباً وجب رد مثله ، وإن كان قيمياً وجب رد قيمته كما في البيع الفاسد ، هذا حكم الكساد وحكم الانقطاع عن أيدي الناس كذلك وإليه أشار المصنف رحمه الله بقوله وعند محمد يوم الانقطاع وإن كان صدد البحث بالكساد : وأما إذا غلبت بازدياد القيمة أو نقصت القيمة بالرخص فلا معتبر بذلك فالبيع على حاله ويطالبه بالدرهم بذلك العيار الذي كان

(قوله لأننا نقول ، إلى قوله : فكذا هنا) أقول : ولا بد من التامل في الفرق بين تخيير العصير وانقطاع الربط حيث يفسد البيع في الأول دون الثاني مع أن كليهما مرجو الوصول إلى العام الثاني .

قال (ويجوز البيع بالفلوس) لأنها مال معلوم ، فإن كانت نافقة جاز البيع بها وإن لم تتعين لأنها أثمان بالاصطلاح ، وإن كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لأنها سلع فلا بد من تعيينها (وإذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لما) وهو نظير الاختلاف الذى بيناه

يتخير المشتري ويطلب بالتقد بذلك العيار الذى كان وقت البيع . والجواب عن البيع بالرطب أن الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالبا فكان له مظنة يغلب ظن وجوده عندها ، بخلاف الكساد فإنه ليس له مظنة محققة الوجود في زمن خاص يرجى فيها بل المظاهر عدم العود لأن الأصل في غالبية الغش الكساد وعدم الثمنية ، والشئ إذا رجع إلى أصله قلما ينتقل عنه . وفي الخلاصة عن المحيط : دلال باع متاع الغير بغير إذنه بدينار معلوم واستوفاه فكسدت قبل أن يدفعها إلى صاحب المتاع لا يفسد البيع لأن حق القبض له (قوله ويجوز البيع بالفلوس) لأنها نوع من أنواع المال (فإن كانت نافقة جاز البيع وإن لم تتعين) بل لو عيئت لاتعين ولما عاقد أن يدفع غير ماعين (لأنها) حينئذ (أثمان) كالدينار حتى لو هلك قبل القبض لا ينفسخ العقد ويجوز ، ولو استبدل بها جاز . ولو باع فلسا بفلسين يجوز على ماسلف في باب الربا ، ولو باع فلسا بغير عينه بفلسين بأعينهما لا يجوز لأن الفلوس الرأبئة أمثال متساوية وضعا لاصطلاح الناس على سقوط قيمة الجوده فيكون ربا ، وإن كانت كاسدة فهي مبيعة لا يصح العقد عليها لم تتعين (وإذا باع الفلوس النافقة ثم كسدت قبل القبض بطل البيع عند أبي حنيفة خلافا لما ، وهو نظير الاختلاف الذى بيناه) أى في الدراهم الغالبة الغش يبطل البيع عنده لأعندها ، ثم تجب قيمتها يوم البيع عند أبي يوسف ، وعند محمد يوم الانقطاع ، هكذا ذكر القنورى الخلاف : والذى في الأصل وشرح الطحاوى والأسرار البطلان من غير ذكر خلاف سوى خلاف زفر رحمه الله . استدلل بما تقدم من انقطاع الرطب المشتري به وإباق العبد المبيع قبل التسليم وتخمين العصور المشتري قبل التسليم لا يبطل

وقت البيع . قال (ويجوز البيع بالفلوس النافقة) البيع بالفلوس جائز لأنه مال معلوم : أى معلوم قدره ووصفه ، وإنما قال كذلك إشارة إلى وجوب بيان المقدار والوصف أو الإشارة إليه ، ثم إنها إما أن تكون نافقة أو كاسدة حالة العقد ، فإن كان الأول جاز البيع وإن لم تتعين لأنها أثمان بالاصطلاح ، فالمشتري بها لا يجبر على دفع ماعين بل هو غير بين دفع ذلك ودفع مثله وإن هلك ذلك لم ينفسخ العقد ، وإن كان الثاني فلا بد لجواز البيع بها من التعيين لأنها سلع . وإذا باع بالفلوس نافقة ثم كسدت فهو على الخلاف الذى بيناه في كساد الدراهم المغشوشة قبل نقدها عند أبي حنيفة بطل البيع خلافا لما . قال الشارحون : هذا الذى ذكره القنورى من الاختلاف مخالفا لما في المبسوط والأسرار وشرح الطحاوى حيث ذكر بطلان البيع عند كساد الفلوس في هذه الكتب من غير خلاف بين أصحابنا الثلاثة . وذكروا نقل الكتب المذكورة وليس فيه سوى السكوت عن بيان الاختلاف إلا ما نقل عن الأسرار وهو ما قبل فيه : إذا اشترى شيئا بفلوس في اللمة فكسدت قبل القبض بطل الشراء عندها ، وقال زفر لا يبطل لأنه ليس تحت الكساد إلا العجز عن تسليمه ، والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البديل كما لو أبقى العبد وكما لو أسلم في الرطب فانقطع أوانه ، وهذا بظاهر قوله عندنا وإن دل على الاتفاق ، لكن الدليل المذكور لزفر رحمه الله يمتنع لأن دليلهما في كساد الدراهم المغشوشة حيث قالوا : الكساد لا يوجب الفساد فجعله مفسدا هاهنا يفضى إلى التحكم إلا إذا ظهر معنى قهوى يعتمد عليه في الفرق بينهما ولم أعرف بذلك . قال رحمه الله :

(ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يجب عليه مثلها) لأنه إعارة ، وموجبه رد العين

المقعد فيها . وأجيب بما تقدم في الربط . وأما العبد فحالته لم تبطل بالإباق بل هو مال باق حيث هو ، وإنما عرض المعجز عن التسليم وكذا بالتخمر لم يزل عن ملك المالك بل عجز عن تسليمه شرعا ، بخلاف الكساد هلاك الثمن به ، إلا أن الذي يقتضيه النظر ثبوت الخلاف كما ذكر القنوري ، إذ لا فرق بين كساد الماشوشة وكساد الفلوس إذ كل منهما سلعة بحسب الأصل نحن بالاصطلاح ، فإن غالبية الغش الحكم فيها للغالب وهو النحاس مثلا ، فلو لم ينص على الخلاف في الفلوس وجب الحكم به . وفي شرح الطحاوي : لو اشترى مائة فلس بدينار وقبض الفلوس أو الدرهم ثم افترقا جاز البيع لأحدهما افتراقا عن عين بدين وقد قلتمناه ، فإن كسدت الفلوس بعد ذلك فإنه ينظر إن كان الفلوس هو المقبوض لا يبطل البيع لأن كسادها كهلاكها ، وهلاك المقعد عليه بعد القبض لا يبطل البيع ، وإن كان الفلوس غير مقبوض يبطل البيع استحسانا لأن كساد الفلوس كهلاكها ، وهلاك المقعد عليه قبل القبض يبطل العقد ، والقياس أن لا يبطل لأنه قادر على أداء ما وقع العقد عليه . وقال بعض شافئنا : إنما يبطل العقد إذا اختار المشتري إبطاله فسحا لأن كسادها كعيب فيها والمقعد عليه إذا حدث به عيب قبل القبض يثبت للمشتري فيه الخيار والأول أظهر . ولو نقد الدرهم وقبض نصف الفلوس ثم كسدت الفلوس قبل أن يقبض النصف الآخر يبطل البيع في نصفها . وله أن يسترد نصف الدرهم وعلى هذا لو اشترى فاكهة أو شيئا بعينه بفلوس ثم كسدت وقد قبض المبيع فسد البيع ، وعليه أن يرد المبيع إن كان قائما أو القيمة أو مثله ، وهذا معلوم بما ذكرنا إلا أن أبا يوسف قال في هذا إن عليه قيمة الفلوس ولا يفسد البيع ، وفرق بين هذا وبين المسئلة الأولى وهي ما إذا باع الفلوس بدينار لأن هناك لو أوجبت رد قيمة الفلوس يتمكن فيه الربا وهاتنا لا يتمكن . وفي المستثنين جميعا إذا لم تكسد الفلوس غير أن قيمتها غلت أو رخصت لا يبطل البيع وعليه أن يدفع العبد الذي عينه منها (قوله ولو استقرض فلوسا نافقة فكسدت عند أبي حنيفة رحمه الله يرد مثلها) عددا اتفقت الروايات عنه بذلك ، وأما إذا استقرض دراهم غالبية الغش فقال أبو يوسف في قياس قول أبي حنيفة : عليه مثلها ، ولست أروى ذلك عنه ، ولكن لرواية في الفلوس إذا أقرضها ثم كسدت . وقال أبو يوسف : عليه قيمتها من الذهب يوم القرض في الفلوس والدرهم ، وقال محمد : عليه قيمتها في آخر وقت نفاقها . وجه قوله (أنه) أي القرض (إعارة وموجبه) أي موجب عقد الإعارة (رد العين) إذ لو كان استبدالا حقيقة موجبا لرد المثل استلزم الربا للنسبة فكان

(ولو استقرض فلوسا فكسدت) إذا استقرض فلوسا فكسدت يجب عليه رد مثلها عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه أي استقرض المثل (إعارة) كما أن إعارته قرض (وموجب استقرض المثل رد عينه معنى) وبالنظر إلى كونه عارية يجب رد عينه حقيقة ، لكن لما كان قرضا والانتفاع به إنما يكون بإتلاف عينه فأتى رد عينه حقيقة فيجب رد عينه معنى وهو المثل ويجعل بمعنى العين حقيقة ، لأنه لو لم يجعل كذلك لزم مبادلة الشيء بحلته نسبة وهو لا يجوز . فإن قيل : كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فوات وصف الثمنية وإنما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقا .

(قال المصنف : لأنه إعارة) أقول : الظاهر أن يقال لأنه استعارة (قوله لأنه أي استقرض المثل) أقول : والأولى عند إدراج الضمير إلى الاستقرض مطلقا ، فإنه إعارة على ما سبق قيل باب الربا أو إلى استقرض الفلوس (قوله إعارة) كما أن إعارته قرض (قوله إعارة : يعني ابتداء كما سيظهر تفصيل هذا البحث في العارية (قوله وموجب استقرض المثل الخ) أقول : وصحت أن ماذكره المصنف قياس من لشكل الأول . تقريره لأن الاستقرض إعارة لا يمكن الانتفاع به إلا بإهلاك عينه ، وكل إعارة كذلك موجبا رد العين معنى ، فهذا كما لا أنه لم يصح بهذا القيد في القصرى أمثال ذلك فيهم الناظرين ، أما ما ذكره الشارح فلا يخفى عليك ما فيه من سوء الارتباط .

معنى والثنية فضل فيه إذ القرض لا يخص به . وعندهما يجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثنية تعلم ردّها كما قبض فيجب رد قيمتها ، كما إذا استقرض مثليا فانقطع ، لكن عند أبي يوسف رحمه الله يوم القبض ، وعند محمد رحمه الله يوم الكساد على ما مر من قبل ، وأصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع ، وقول محمد رحمه الله أنظر

موجبا رد العين إلا أن ما تضمنته هذا العقد لما كان تمليك المنفعة بالاستهلاك لأمع بقاء العين لزم تضمنته لتمليك العين ، فبالضرورة اكتفى برد العين معنى وذلك برد المثل ، ولذا يجبر المصنوب منه على قبول المثل إذا أتى به الغاصب في غصب المثل بلا انقطاع مع أن موجب الغصب رد العين وذلك حاصل بالكاسد (والثنية فضل في القرض) غير لازم فيه ولذا يجوز استقراضها بعد الكساد ، وكذا يجوز استقراض كل مثلي وعددى متقارب ولا ثنية (ولما أنه لما بطل وصف الثنية تعلم ردّها كما قبضها فيجب رد قيمتها) وهذا لأن القرض وإن لم ينتقض وصف الثنية لا يقتضى سقوط اعتبارها إذا كان المقبوض قرضا موصوفا بها لأن الأوصاف معتبرة في الديون لأنها تعرف بها ، بخلاف الأعيان المشار إليها وصفها لغو لأنها تعرف ببلواتها وتأخير دليلهما بحسب عادة المصنف ظاهر في اختياره قولهما (ثم أصل الاختلاف) في وقت الضمان اختلافهما (فيمن غصب مثليا فانقطع وجبت القيمة عند أبي يوسف يوم الغصب ، وعند محمد يوم القضاء) وقولهما أنظر للمقرض من قول أبي حنيفة لأن في ردّ المثل لإضراراً به ، ثم قول أبي يوسف أنظر له أيضا من قول محمد لأن قيمته يوم القرض أكثر من قيمته يوم الانقطاع (فكان قول محمد أنظر) للمستقرض من قول أبي يوسف (وقول أبي يوسف أيسر) لأن القيمة يوم القبض معلومة ظاهرة لا يختلف فيها بخلاف ضبط وقت الانقطاع فإنه عسر فكان قول أبي يوسف أيسر في ذلك

أجاب المصنف رحمه الله (بأن الثنية فضل) فيه أي في القرض إذ القرض لا يخص به : أي بمعنى الثنية ، ومعناه أن الثنية ليست عين القرض وهو ظاهر ولا لازم من لوازمه فجاز أن ينفك القرض عن الثنية ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الأمثال ، ألا ترى أن الاستقراض جائز في كل مكيل وموزون أو عددى متقارب وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الأمثال ، بخلاف البيع لأن دخولها في العقد فيه بصفة الثنية وقد فت ذلك بالكساد . وتحقيقه أن المثل المجرد عن الثنية أقرب إلى العين من القيمة فلا يصار إليها مادام ممكنا (وعندهما يجب قيمتها لأنه لما بطل وصف الثنية تعلم ردّها كما قبض) وليس المثل المجرد عنها في معناها (فيجب رد قيمتها كما إذا استقرض مثليا فانقطع ، لكن عند أبي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من قبل ، وأصل الاختلاف) يعني بين أبي يوسف ومحمد رحمه الله (فيمن غصب مثليا فانقطع) فعند أبي يوسف تجب القيمة يوم الغصب ، وعند محمد رحمه الله يوم الانقطاع وسيجيء (وقول محمد رحمه الله أنظر) للمقرض والمستقرض لأن على قول أبي حنيفة رحمه الله يجب ردّ المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض ،

(قال المصنف : وقول محمد أنظر) أقول : قال الكافي : وفي بعض النسخ : أنظر الجاتين له . والظاهر أن كونه أنظر لجانب المقرض بالنسبة إلى قول أبي يوسف .

للجانبين ، وقول أبي يوسف أيسر . قال (ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس) وكلنا إذا قال بدائق فلوس أو بقرطاط فلوس جاز . وقال زفر : لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وأنها تقدر بالعدد لا بالدائق . والدرهم فلا بد من بيان عددها ، ونحن نقول : ما يباع بالدائق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس والكلام فيه فأغنى عن بيان العدد . ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمي فلوس فكذا عند أبي يوسف رحمه الله لأن ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس . وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز بالدرهم ويجوز فيها دون الدرهم ، لأن في العادة للمبايع بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ، ولا كذلك الدرهم . قالوا : وقول أبي يوسف رحمه الله أصبح لاسيا في ديارنا .

(قوله ومن اشترى شيئا بنصف درهم) فأكهة أو غيرها بأن قال مثلا لبائع سلعة اشترى منك بنصف درهم فلوس فقال بتمك (انعمد موجبا للدع ما يباع من الفلوس بنصف درهم فضة ، وكلنا إذا قال بدائق من الفلوس) وهو سدس درهم (أو بقرطاط) وهو نصف السدس (وقال زفر رحمه الله : لا يجوز في جميع ذلك لأنه اشترى بالفلوس وهي تقدر بالعدد لا بالدائق والدرهم فلا بد من بيان عددها) وإلا فأغنى مجهول ، ولأن البعد وقع على الدائق والدرهم ثم شرط لإضافه من الفلوس وهو صفقة في صفقة . فإن المعنى أنه شرط أن يعطى بنصف الدرهم الذي هو الثمن فلوسا وهو أن يبيعه بالدائق فلوسا ، ونحن نقول : إن ما يباع بالدائق وما ذكرنا من الفلوس معلوم وهو المراد بقوله بنصف درهم فلوس ، لأنه لما ذكر نصف الدرهم ثم وصفه بأنه فلوس وهو لا يمكن عرف أن المراد ما يباع به من الفلوس وهو معلوم عند الناس فأغنى عن ذكر العدد بخصوصه ، وإذا صار كناية عما يباع بنصف وربع درهم لم يلزم جهالة الثمن ولا صفقة في صفقة لأن الثمن حيث لم ينبت من الابتداء ما يباع من الفلوس بنصف درهم (ولو قال بدرهم فلوس أو درهمين فكذا عند أبي يوسف وعند محمد لا يجوز إلا فيما دون الدرهم ، لأن المبايع في العادة في الفلوس فيما دون الدرهم فيصير معلوما بحكم العادة ، ولا كذلك الدرهم . قالوا : وقول

أبي يوسف أصبح لاسيا في ديارنا) أي المدن التي وراء النهر فلهم يشترى الفلوس بالدرهم ، ولأن المدار هو العلم بما يباع بالدرهم من الفلوس مع وجوب الحمل عليه تصحيحا للعلم بأنه المراد ، ولا فرق في ذلك بين ما دون الدرهم والدرهم فضلا عن الدرهم ، ولم يذكر في المبسوط خلاف محمد والمذكور من خلافه خلاف ظاهر الرواية عنه ، وفي بعض النسخ سبأ بغير لا وهو استعمال لم يثبت في كلام من يحتاج بكلامه في اللغة وفي بعضها

وعلى قول أبي يوسف يجب القيمة يوم القبض ، ولا شك أن قيمة يوم القبض أكثر من قيمة يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد أنظر للجانبين (وقول أبي يوسف أيسر) لأن قيمته يوم القبض معلومة للمستقرض والمستقرض وسائر الناس ، وقيمة يوم الانقطاع تشبهه على الناس ويختلفون فيها فكان قوله أيسر . قال (ومن اشترى شيئا بنصف درهم فلوس جاز الخ) رجل قال اشتريت هذا بنصف درهم فلوس : يعني أن ذلك النصف من الدرهم فلوس لا تقرة ، وذلك معلوم عند الناس وقت العقد جاز ويجب عليه أوفاء بذلك التقدر من الفلوس ، وكلنا إذا قال بدائق فلوس وهو سدس الدرهم جاز أو بقرطاط فلوس . وقال زفر : لا يجوز لأنه اشترى بالفلوس وهي معلومة ونصف درهم دائق وقرطاط منه موزونة ، وذكرها لا يعني عن بيان العدد فبقي الثمن مجهولا وهو مانع عن الجواز . قلنا : فرض المسئلة فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم من الفلوس معلوما من حيث العدد فكان مغنيا عن الجواز . ولذا زاد على الدرهم سوزة أبو يوسف بناء على كونه معلوما ، وقصبل محمد رحمه الله بين

(قوله وهو ضرر بالمستقرض) أقول : يعني وجوب القيمة يوم القبض ضرر بالمستقرض فيه وهو يجوز أن يقال هو ضرر على بعض التقادير وهو أن لا يلتفت بما سجن كان قيمته مثل قيمة يوم القبض ، ثم قوله وهو ضرر رأي وجوب القيمة يوم القبض ضرر (قوله بنصف درهم فلوس) أقول : قوله فلوس سبعة نصف درهم أو بدل (قوله أو بقرطاط فلوس) أقول : وهو نصف السدس (قوله ولذا زاد على الدرهم) أقول : الأظهر أن يقال : حل ما دون الدرهم (قوله وقصبل محمد رحمه الله) أقول : في غير ظاهر الرواية ،

قال (ومن أعطى صيرفيا درهما وقال أعطنى بنصفه فلوسا ونصفه نصفا إلا حبة جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى عندهما) لأن بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف إلا حبة ربا فلا يجوز (وعلى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله بطل فى الكل) لأن الصفة متحدة والفساد قوى فيشيع وقد مر نظيره، ولو كرر لفظ الإعطاء كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لأنهما يبعان

على الصواب (قوله ومن أعطى صيرفيا درهما فقال أعطنى بنصفه) أو ربه أو قراطا منه (فلوسا ونصفه نصفا إلا حبة) وعلى وزانه أن يقول وبثلاثة أرباع درهم إلا حبة وقس الباقى (جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى) من النصف الآخر أو الثلاثة الأرباع وباقى الصور (لأن بيع نصف الدرهم بالفلوس جائز وبيع نصف درهم بنصف درهم) إلا حبة ربا فلا يجوز، وعلى قياس قول أبى حنيفة بطل فى الكل لأن الصفة متحدة والفساد قوى (مقارن للعقد (فيشيع وقد مر نظيره) يعنى فى باب البيع الفاسد فى مسألة الجمع بين العبد والحر إذا لم يفصل الثمن يشيع الفساد اتفاقا، وإذا فصل لا يشيع عندهما وعنده يشيع (فلو كرر لفظ الإعطاء) بأن قال أعطنى بنصفه فلوسا وأعطنى بنصفه نصفا إلا حبة (كان جوابه كجوابهما) فى أن الفساد يخص النصف الآخر (لأنهما يبعان) لتعدد الصفة، وهذا هو المختار خلافا لما حكى عن الشيخ أبى جعفر وشيخ الإسلام والمظفر أنه لا يجوز وإن كرر لفظ الإعطاء لأن تعدد الصفة عنده بتعدد البيع وهو الإيجاب ولفظ أعطنى مساومة، وإذا كان قوله يعنى

مادون الدرهم وما فوقه، فجوز فيما دون الدرهم خاصة لأن فى العادة المايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فكان معلوما بحكم العادة، ولا كذلك الدرهم، قالوا: والأصح قول أبى يوسف لاسيا فى ديارنا على عدم المنازعة لكونه معلوما ولاشتراك العرف. قال رحمه الله (ومن أعطى صيرفيا درهما الخ) هذه ثلاث مسائل: الأولى أن يعطى درهما كبيرا ويقول أعطنى بنصفه فلوسا ونصفه نصفا: أى درهما صغيرا وزنه نصف درهم كبير إلا حبة جاز البيع فى الفلوس وبطل فيما بقى عندهما لأنه قابل بنصف الدرهم بالفلوس ولا مانع فيه عن الجواز وقابل النصف بنصف إلا حبة وهو ربا فلا يجوز، وعلى هذا قياس قول أبى حنيفة رحمه الله بطل فى الكل لاتحاد الصفة وقوة الفساد لكونه جمعا عليه فيشيع، كما إذا جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة، وعبارة الكتاب تدل على أنه لانص عن أبى حنيفة رحمه الله. والثانية أن تكرر لفظ الإعطاء والمسئلة بجالها فالحكم أن العقد فى حصص الفلوس جائز بالإجماع لأنه عقدان، وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر كما لو قال يعنى بنصف هذه الألف عبدا ونصفها دنا من الخمر، فإن البيع فى العبد صحيح وفى الخمر فاسد ولم يشع الفساد لتفرقة الصفة. وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى والفقيه المظفر بن الجمان والشيخ الإمام شيخ الإسلام أن العقد لا يصح هاهنا أيضا وإن كرر لفظ الإعطاء لاتحاد الصفة: فإن قوله أعطنى مساومة وتكرارها لا يتكرر البيع، وهذا لأن بذكر المساومة لا يتعد البيع، فإن من قال يعنى فقال يملك لا يتعد البيع ما لم يقل الآخر اشترت، وإذا كان لا يتعد بذكر المساومة فكيف يتكرر بتكرارها؟ قيل الأول هو الصحيح وهو اختيار المصنف رحمه الله. والثالثة أن يقول: أعطنى نصف درهم فلوس: وفى بعض النسخ فلوسا بدلا عن نصف ونصفا إلا حبة جاز، والفرق بينها وبين الأولى أنه لم يكرر لفظ بنصفه بل قابل الدرهم بما يبرأ من الفلوس ونصف درهم ونصف درهم إلا حبة فيكون

(قوله كما لو قال يعنى بنصف هذه الألف عبدا ونصفها دنا من الخمر) أقول: الظاهر أن يقال: يعنى بنصف هذه الألف عبدا ويعنى بنصفها دنا من الخمر، يتكرر لفظ يعنى.

(ولو قال أعطى نصف درهم فلوما ونصفا إلا حبة جاز) لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم إلا حبة فيكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه يلزأ الفلوس . قال رضى الله عنه : وفى أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية ، والله تعالى أعلم بالصواب .

بكلذا ليس لإيجابا ، حتى لو قال بعت لا يتعد ما لم يقل الأول قبلت فأعطى وليس من مادة البيع أولى ، وحينئذ لم يتعد البيع فيشيع الفساد على قوله كالصورة الأولى . وجه المختار أن ذلك صار معلوم المراد أنه إيجاب ، وعلى هذا فلو تعورف في مثله صح أيضا إلا أنهم لم يذكروه ، لو أن الكلام فيها إذا دفع إليه الخطاب قبل الافتراق فإنه يجعل يما في النصفين بالمعاطاة فيما ، والله أعلم (ولو قال) حين دفع إليه الدرهم الكبير (أعطى نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة جاز) فيما (لأنه قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم إلا حبة) فيتحرى للجواز بأن (يكون نصف درهم إلا حبة بمثله وما وراءه يلزأ الفلوس) نعم قد يقال لما كان قوله نصف درهم فلوس معناه ما يباع من الفلوس به كان الحاصل أعطى بهذا الدرهم ما يباع من الفلوس بنصف درهم ونصف درهم إلا حبة ، وما يباع بنصف درهم معلوم أنه يخص بنصف الدرهم فصار كالأول كأنه قال أعطى بنصفه نصف درهم فلوس وبنصفه نصف درهم إلا حبة . وجوابه أن موجب التحرى للتصحيح أن المعنى على ذلك التقدير أعطى بهذا الدرهم نصف درهم إلا حبة ، وما يباع بنصف درهم فلوس ، وهذا يفيد أنه إنما اشترى ما يباع من الفلوس بنصف درهم وحبة وما يباع من الفلوس بنصف درهم إلا حبة بمثله . قال المصنف رحمه الله (وفى أكثر نسخ المختصر) يعنى القدرى (ذكر المسئلة الثانية) ولم يذكر الأولى ، ولذا قال شارحه وهو غلط من الناسخ ، ويجوز في فلوس البحر صفة للدرهم والنصب صفة للنصف .

[فروع] تقدم بعضها في ضمن التعليل فرما يغفل عنها . تصارفا جنسا يجنس متساويا فزاد أحدهما أو حط شيئا وقبل الآخر التحق بأصل العقد وبطل العقد . وقال أبو يوسف : لا يلتحق فيهما ولا يبطل . وقال محمد : لا يصح الحط فقط ويجعل هبة مبتدأة : ولو تصارفا بغير الجنس فزاد أو حط جاز لعدم اشتراط الماتلة غير أن الزيادة يجب قبضا في مجلس الزيادة لأنه ثمن الصرف ، وعند من لا يلحق الزيادة بأصل العقد كالشافعى وأحمد رحمهما الله لا يشترط لأنها هبة ابتدائية . ولو افتراقا لاعت قبضا بطل حصتها من البذل الآخر كأنه باع الكل ثم فسد في البعض لعدم القبض ، والحط جائز سواء كان قبل التفريق أو بعده ، ويرد" الذى حط ماحط ، وإن كان الحط قيراط ذهب فهو شريك في الدينار مثلا لأن في تجميعه ضررا وكل مال ريوى لم يجز بيعه من أجرة ولا مواضعة إذا اشتراه بجنسه ويجوز بخلاف جنسه . ولو اشترى مصوغا من فضة بفضة أو من ذهب بذهب وتقابضا فوجله المشتري معيبا له أن يرده بالذهب ، فإن رده بفضاء لأبأس به وإن لم يقبض الثمن من البائع في مجلس الرد لأنه فسخ

نصف درهم إلا حبة بمثله والباقي يلزأ الفلوس . قال المصنف رحمه الله (وفى أكثر نسخ المختصر ذكر المسئلة الثانية) أراد قوله أعطى نصف درهم فلوس ونصفا إلا حبة وهى الثالثة فيها ذكرنا ، يريد بذلك أن المسئلة الأولى ليست بمذكورة في أكثر نسخ المختصر : قال أبو نصر الأتصط في شرحه للمختصر : وهو غلط من الناسخ ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(قال المصنف : ولو قال أعطى نصف درهم فلوس) أقوله : قال ابن الممام : يجوز في فلوس البحر صفة للدرهم والنصب صفة للنصف اه . ويجوز على رواية البحر أن يكون صفة للنصف والبحر على الجوار .

(كتاب الكفالة)

وبغير قضاء يشترط القبض في مجلس الرد، فإن قبض صبح الرد والباطل وعاد البيع الأول لأنه بيع في حق الشرع، فإن تملر الرد بأن هلك في يده أو حدث عيب آخر رجع بأرش العيب إن كان الثمن ذهباً لتعذر التسخ، وإن كان فضة لا يرجع لأنه يؤدي إلى الربا، فإن قبله البائع بعينه له ذلك والخيار للمشتري بعد. ولو اشترى ديناراً بدرهم ولا ديناراً لهذا ولا درهم الأكثر ثم اقترضاً وتقاضياً قبل التفرق جاز، وفي المكيل لا يجوز. وعن أبي حنيفة رحمه الله: اشترى فلوساً بدرهم ولا فلوس ولا دراهم لها ثم تقد أحدهما وتفرقا جاز، ولو كان مكان الفلوس دينار لم يميز وتقدم معناه في تقسيم الطحاوي. اشترى سيفاً حليته مائة درهم فضة بمائة درهم ثم علم أن حليته مائتا درهم قبل التفرق فإن شاء زاد في الثمن مائة أخرى وإن شاء فسخ، والمائة ليست بشرط بل يزيد شيئاً ليمتحن المائتان للحلية، ولو علم بعد التقاض والتفرق بطل العقد في الكل، ولو كان ذلك في إبريق فضة يبطل العقد في نصف الإبريق، والله تعالى أعلم.

(بسم الله الرحمن الرحيم)

(كتاب الكفالة)

أورد الكفالة عقيب البيوع لأنها غالباً يكون تحققها في الوجود عقيب البيع، فإنه قد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفله بالثمن، أو لا يطمئن المشتري إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله في المبيع وذلك في السلم، فلما كان تحققها في الوجود غالباً أوردتها في التعليم بعدها، ولها مناسبة خاصة بالصرف وهي أنها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في اللمة من الأثمان وذلك عند الرجوع على المكفول عنه، ثم لزم تقديم الصرف لأنه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده. ومحاسن الكفالة جليلة وهي: تفرج كرب الطالب الخائف على ماله، والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفا مؤنة ما أهمهما وقرّ جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما، ولذا كانت الكفالة من الأفعال العالية حتى امتن الله تعالى بها حيث قال - وكفلهما زكريا - في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم، إذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بأن أتاح لها ذلك، وممى نيلها بلدى الكفل لما كفل جماعة من الأنبياء الملك أراد قتلهم. وسبب وجودها تضييق الطالب على المطلوب مع قصد الخارج رفعه عنه إما تقرباً إلى الله تعالى أو لإزالة للأذى عن نفسه إذا كان المطلوب ممن يهجمه ما أهمه. وسبب شرعيتها دفع هذه الحاجة

(كتاب الكفالة)

عقب البيوع بذكر الكفالة لأنها تكون في البياعات غالباً، ولأنها إذا كانت بأمر كان فيها معنى المعاوضة

(كتاب الكفالة)

قال الإمام العيني في ميسره في باب كتاب التفاضل في الكفالة من كتاب الكفالة: لو كتب التفاضل إلى التفاضل بكتاب في كفالة بنفى رجل ولم يبين في كتابه أنه كفل بأمره فإنه لا يؤخذ له بذلك بمنزلة ما لو أقر أنه كفل بنفى أمره، وهذا لأنه لو كفل عنه بقال بنفى أمره لم يكن عليه أن يخلص من ذلك لأنه ألزم ببنفائه، فكذلك إذا كفل بنفسه بنفى أمره انتهى.

الكفالة : هي الضم لغة ، قال الله تعالى - وكفلها زكريا - ثم قيل : هي ضم اللمة إلى اللمة في المطالبة ، وقيل في الدين ، والأول أصح .

والضرر الذي ذكرناه آنفاً . ودليل وقوع شرعيتها قوله تعالى - ولما جاء به حمل يعبر وأنا به زعيم - وقوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » رواه أبو داود والترمذي وقال : حديث حسن . والإجماع . وشرطها في الكفيل كونه من أهل التبرع ، فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور ولا مكاتب ، ولا تصح من المريض إلا من الثلث ، وفي الدين أن يكون صحيحاً ، فلا كفالة في بدل الكتابة لأنه ليس ديناً صحيحاً إذ لا يلزم دين للمولى على عبده ولزوم دين الكتابة ، بخلاف القياس ليصل العبد إلى العتق وأن يكون مقدور التسليم ، وأما مفهومها لغة فقال المصنف : الضم سواء كان متعلقه عيناً أو معنى : قال في المغرب : تركيبه دال على الضم والتضمين ، ومنه كفل الجعير كساء يدار حول سنامه كالخوية يركب عليه ، وكفل الشيطان مركبه . وأما في الشرع فما أشار إليه من قوله (ثم قيل : هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ، وقيل في الدين ، قال : والأول أصح) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافاً للشافعي ومالك وأحمد في رواية ؛ فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الأصل ، ولم يرجع في المبسوط أحد القوانين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الألف الدين الواحد أفين كما ذكره بعض الشارحين . قال في المبسوط : وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقاءه في ذمة الأصل ما يوجب زيادة حق الطالب ، لأن الدين وإن ثبت في ذمة الكفيل فلا استيفاء لا يكون إلا من أحدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب . فإن كلا ضامن للقيمة وليس حتى المالك إلا في قيمة واحدة لأنه لا يستوفى إلا من أحدهما ، واختياره تضمين أحدهما يوجب برائة الآخر ، فكذا هنا يريد باختياره التضمين القبض منه لا بمجرد حقيقة اختياره لأنه يتحقق برافعة أحدهما وبمجرد ذلك لا يبرأ الآخر ، وما يدل على ثبوت الدين في ذمة الكفيل أنه لو وهب الدين للكفيل صح ويرجع الكفيل به على الأصل مع أن هبة الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ، وكذا لو اشتري من الكفيل بالدين شيئاً يصح مع أن الشراء بالدين من غير من عليه الدين لا يصح . والحاصل أن ثبوت الدين في الذمة اعتبار من الاعتبارات الشرعية فجواز أن يعتبر الشيء الواحد في ذمتين ، إنما يمتنع في حين ثبت في زمن واحد في ظرفين حقيقيين ، ولكن المختار ما ذكرنا أنه في مجرد المطالبة لا الدين لأن اعتباره في اللتين وإن أمكن شرعاً لا يجب الحكم بوقوع كل ممكن إلا بموجب ولا موجب لأن التوثق يحصل بالمطالبة وهو لا يستلزم ، ولا بد من ثبوت اعتبار الدين في الذمة كالوكيل بالشراء يطالب بالثمن وهو في ذمة الموكل ، وأما الجواب عن تسليم الهبة والدين فإنما جعلناه في حكم الدينين تصحيحاً لتصرف صاحب الحق وذلك عند وقوعه بالفعل وقبله لضرورة فلا داعي إلى ذلك . ولا يخفى أن ما نقل من قول أبي حنيفة أن الدين فضل يقتضى أن الدين في ذمة الكفيل أيضاً كما هو في ذمة

انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التي هي معاوضة (والكفالة في اللغة : هي الضم : قال الله تعالى - وكفلها زكريا -) أي ضمها إلى نفسه ، وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا : أي جملة كافلائها وضامتها لمصالحها (وفي الشريعة : ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وقيل في الدين ، والأول أصح) لأن الكفالة كما تصح بالمال تصح بالنفس ولادين ثمة وكما تصح بالدين تصح بالأعيان المضمومة لنفسها كما سيحییء ولأنه لو ثبت الدين في ذمة الكفيل ولم يبرأ الأصل صار الدين الواحد دينين ، وعورض بما إذا وهب رب الدين دينه للكفيل فإنه يصح ويرجع به الكفيل على الأصل : ولو لم يصير الدين عليه لما ملك كما قبل الكفالة لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز . وأجيب بأن رب

قال (الكفالة ضربان : كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال ، فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به)

الأصيل إذ فعل الأداء واجب عليه : ثم الوجه أن تطلق المطالبة من غير تقييد بالدين فإن الكفالة كما تكون بالديون تكون بالأعيان المضمونة بنفسها وهو ما يجب تسليمه بعينه ، فإن هلك ضمن مثله إن كان له مثل ، وبقيته إن لم يكن له مثل كالمغصوب والمبيع يباع فاسداً ، والمقبوض على سؤم الشراء تصح الكفالة بها ويجب تسليمها ، وإذا هلكت يجب تسليم قيمتها إذا ثبت بالبينة أو بالإقرار ، والأعيان المضمونة بغيرها هي الأعيان الواجبة التسليم قائمة ، وعند هلاكها لا يجب تسليم مثلها ولا قيمتها وهو المبيع قبل القبض يضمن بالثمن وكالرهن يضمن بالدين ، ولو هلك لا يجب على الكفيل قيمتها . وأما الأعيان الواجبة التسليم وهي أمانة كالعارية والمستأجر في يد المستأجر تصح الكفالة بها متى هلكت لا تجب على الكفيل قيمتها ، بخلاف الأعيان الغير الواجبة التسليم كالوديعة وامان المضاربة والشركة لا تصح الكفالة بها أصلاً . وأما ركنها فالإيجاب والقبول بالألفاظ الآتية ، ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركناً فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالمال والنفس وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي : واختلفوا على قول أبي يوسف ؛ فقيل إن الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفاً على إجازة الطالب أو تصح نافذاً للطالب حتى الرد . وفائدة الخلاف إنما تظهر فيها إذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ به الكفيل . وأما حكمها فثبتت المطالبة للكفيل متى شاء سواء تعلز عليه مطالبة الأصيل أو لا ، وفي رواية عن مالك لا يطالبه إلا إذا تعلز ذلك . وقال ابن أبي ليلى وابن شبره وداود وأبو نوح : ينتقل الحق إلى ذمة الكفيل فلا يملك مطالبة الأصيل أصلاً كما في الحوالة ، وما ذكر في المنظومة من نسبة ذلك إلى مالك خلاف ما في مشاهير كتب أصحابه . احتجوا بما روى أبو سعيد الخدري رضى الله عنه « أنه صلى الله عليه وسلم حضر جنازة فقال : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا نعم دوهمان ، فقال : صلوا على صاحبكم ، فقال على رضى الله عنه : أنا لها ضامن ، فقام صلى الله عليه وسلم وصلى عليه ثم أقبل على على رضى الله عنه فقال : جزاك الله خيراً وفك رهائك كما فككت رهان أخيك ، فقيل يارسول الله أله خاصة أم للناس كافة ؟ فقال للناس كافة » فدل أن المضمون عنه برئ من الضمان ، وللعامة قوله صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » وقوله في خبر أبي قتادة « الآن بردت جلتي » وصلاته صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه لأنه بالضمان صار وفاء . وإنما امتنع عن الصلاة على مديون لم يخلف وفاء ، وقوله « فك الله رهائك » لأنه كان بحال لا يصلى عليه . فلما ضمن عنه فكه عن ذلك . ولا يخفى أنه لم يقع الجواب بعد ، فإن الدليل يتم بصلاته عقيب ضمان على إذ يدل على أن الضمان تم بذلك (قوله قال) أى القدورى (الكفالة ضربان : كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال) ويدخل في الكفالة بالمال الكفالة بالأعيان التي ذكرناها (والكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها إحضار المكفول به)

الدين لما وهبه للكفيل صح فجعنا الدين عليه حيث نل ضرورة تصحيح التصرف وجعناؤه في حكم دينين ، وأما قبل ذلك فلا ضرورة فلا يجعل في حكم دينين . قال (الكفالة ضربان الخ) الكفالة ضربان : كفالة بالنفس وكفالة بالمال ، فالكفالة بالنفس جائزة عندنا والمضمون بها إحضار المكفول به . وقال الشافعي : لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تساميه لأنه رقباني مثله لا يتقادر له ليسلمه ، ولأنه لا قدرة له على نفس المكفول به شرعاً . أما إذا كان بغير أمره فظاهر ، وأما إذا كان بأمره فلا أن أمره بالكفالة لا يثبت له عليه ولاية في نفسه ليسلمه ، كما أن أمره بالكفالة بالمال لا يثبت له عليه ولاية يؤدى المال من المكفول عنه ، بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه

وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه ، إذ لا قدرة له على نفس المكفول به ، بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه ، ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيدخل بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى في ذلك والحاجة ماسة إليه ، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه .

ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لا يجوز وهو قول مخالف للقول الأظهر عندهم وهو أنها جائزة كقولنا . واستدل لقوله المصنف (بأنه التزام مالا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له على نفس المكفول به) فكان كبيع الطير في الهواء ، وهذا لأنه حر لا يتقاد له ولا ولاية له عليه خصوصا إذا كفل بنيرأمره ، وكذا بأمره لأن أمره بكفالاته لا يثبت له ولاية عليه وصار كالكفالة بين الشاهدين (و) استدل للمذهب بما أخرجه من (قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم ») باعتبار عموميه . وقوله (بنوعيه) أى نوعى عقد الكفالة ، واعترض بأنه مخصص بالزعم في المال من نفس الحديث حيث قال غارم ، والكفيل بالنفس لا غرم عليه للمال : وأجيب بأن الغرم لا يختص بالمال بل الغرم أداء ما يلزمه بما يضره ، والغرام اللازم ذكره في الجمل ، والكفيل بالنفس يلزمه الإحضار ، وقد ثبتت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار إليه المصنف بقوله (والحاجة إليه ماسة ، وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة) وحاصله إلحاقه بجامع عزم الحاجة إليها إحياء للحقوق مع الإيجاب والقبول والشرائط ، وما طرأ من انتفاء الشرط بانتفاء القدرة على تسليمه ممنوع لأن الظاهر أنه يتقاد إذا كان بأمره ، وإن كان بلا أمره يمكنه إحضاره بالاستعانة بأعوان الحاكم . وأبطل بعضهم قوله لا يقدر على نفس المكفول بأنه مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصح دليلا . ولا يخفى أن المراد بالقدرة المتبعية القدرة الشرعية ليكون مبنيا على عدم جواز الكسالة فيلزم الدور بقليل تأمل : وروى « أنه صلى الله عليه وسلم كفل رجلا في ثمة » وكان بين عليّ وعمر رضي الله عنهما خصومة فكتلت أم كلثوم بنفس عليّ رضي الله عنه . واعترض بالمناقضة في الجنود والقصاص فإن الكفالة بالنفس فيها لا تصح وإن كان تسليم النفس واجبا كتسليمها للجواب : والجواب منع عدم حصتها مطلقا بل المنصوص في الأصل صحة الكفالة بنفس من عليه حد القذف والسرقة والقصاص في النفس وما دون النفس : ووجهه أنها من حقوق العباد من وجه في بعضها ومن كل وجه في بعضها . وأما حد الزنا والشرب فعلم صحة

(ولنا قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم ») أى الكفيل ضامن . ووجه الاستدلال أنه بإطلاقه يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه . لا يقال : هو مشترك الإلزام لأنه عليه الصلاة والسلام حكم فيه بصحة الكفالة التي يلزم فيها الغرم على الكفيل . والكفيل بالنفس لا يغرّم شيئا لأن الغرم ينشأ عن لزوم ما يضر وهو موجود في الكفالة بالنفس لأنه يلزم الكفيل الإحضار وهو يتضرر به (قوله ولأنه يقدر على تسليمه) جواب عما قال الخصم كفل بما لا يقدر على تسليمه . وتقريره أنا لا نسلم أنه لا يقدر على تسليمه (قوله إذ لا قدرة له على نفس المكفول به) ممنوع فإن قدرة كل شئ عجميه وهو يقدر أن يعلم الطالب مكانه ويخفى بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضى ، على أن قوله لا قدرة له على نفس المكفول به شرعا مبنى على عدم جواز الكفالة فلا يصلح دليلا له (قوله والحاجة ماسة) استظهار بعد منع الدلائل وذلك لأن معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة قد تحقق فيه والمانع متبطل لما ذكرنا ،

(قوله مبنى على عدم جواز الكفالة) أقول : فيه أن البناء على ذلك ممنوع ، فإن التمس أنه بالقياس إلى الكفالة بالمال بالأمر كما مر آنفا .

قال (وتعتقد إذا قال تكفلت بنفس فلان أو يرقبته أو يروحه أو يجسده أو برأسه وكذا بيدنه وبوجهه) لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن البدن إما حقيقة أو عرفا على ما مر في الطلاق ، وكذا إذا قال

الكفالة للزوم الثاني ، فإن الحد يحتاج في دهره وصحة الكفالة للاستيناف والاحتياط لاستيفائه فقام المانع فيهما . وأما الجبر على إعطاء الكفيل فيها في الحدود لا يجبر بالإجماع ، وفي التقصاص كذلك عند أبي حنيفة خلافا لهما . وأما عدم صحة الكفالة بنفس الشاهد ليؤدى فلأن الكفالة لا تفيد لأن الشاهد عند مطالبة الطالب له بالأداء إما أن يجيب ويحضر أو لا ؛ ففي الأول لا حاجة إلى الكفالة ، وفي الثاني يلزم فسقه فلا تقبل شهادته لو أحضره الكفيل بخلاف ما نحن فيه (قوله وتعتقد إذا قال تكفلت الخ) شروع في ذكر الألفاظ التي تثبت بها الكفالة ، وهي صريح وكناية ، فالصريح تكفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحيل وعلى وإلى ولك عناى هذا الرجل وعلى أن أوفيك به أو على أن أقالك به أو دعه إلى ؛ وحيل بالحاء المهملة بمعنى كفيل به ، يقال حل به حماله يفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع . وروى في القائق الحميل ضامن ، وأما القبيل فهو أيضا بمعنى الكفيل ، ويقال قبل به قبالة يفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع ، وهذه الألفاظ توجب لزوم موجب الكفالة إذا أضيفت إلى جملة البدن أو ما يعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لا فلا على وزان الطلاق على ما مر مثل كفلت أو أنا حميل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو يبدنه أو وجهه لأن هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن وعرفا ولغة وبجاز اكهو رأس وتحريير رقبة وتقديم في الطلاق ، ولم يذكر محمد رحمه الله ما إذا كفل بعينه . قال البلخي رحمه الله : لا يصح كما في الطلاق إلا أن ينوى به البدن . والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق إذ العين مما يعبر به عن الكل ، يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك ، بخلاف ما لو قال بيده أو رجله وينأت في دمه ما تقدم في الطلاق (وكذا)

والحاجة وهي إحياء حقوق العباد ماسة فلم يبق القول بعدم الجواز إلا اعتنا وعنادا . قال (وتعتقد إذا قال تكفلت بنفس فلان الخ) لما فرغ من أنواع الكفالة شرع في ذكر الألفاظ المستعملة فيها ، وهي في ذلك على قسمين : قسم يعبر به عن البدن حقيقة كقوله تكفلت بنفس فلان أو يجسده أو يبدنه ، وقسم يعبر عنه عرفا كقوله تكفلت بوجهه وبرأسه ويرقبته ، فإن كلا منها مخصوص ببعض خاص فلا يشمل الكل حقيقة لكنه يشمله بطريق العرف . وكذا إذا عبر بجزء شائع كنصف أو ثلث لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجزأ ، فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها كما ر في الطلاق من صحة إضافته إليه ، بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجاءه لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا تصبح إضافة الطلاق إليهما ، وكذا تعتقد إذا قال ضمنته لأنه صريح بموجب عقد الكفالة . وكذا إذا قال على لأنه صيغة الالتزام ، وكذا إذا قال إلى لأنه في معنى على . في هذا المقام قال صلى الله عليه وسلم من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كلا أو عيالا فإلى ، والكل : اليقيم ، والعيال : من يقول : أى ينفق عليه ويموز أن يكون عطف تفسير فيكون المراد بهما العيال ، وكذا إذا قال أنا زعيم به لأن الزعامة هي الكفالة . وقد روينا فيه أو قبيل لأن القبيل هو الكفيل ولهذا سمى الصلح قبالة ، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لك لمعرفة فلان لأنه

(قوله وكذا إذا عبر الخ) أقول : في صحة عطف تأمل (قال المصنف : لأنه لا يعبر بهما عن البدن) أقول : لا حقيقة ولا عرفا فلا يرد انتقض بمثل قوله تعالى - تيت يدا أبي لب -

بنصفه أو يتركه أو يجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجز أ فكان ذكر بعضها شامعا كذكر كلها ، بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن حتى لا يصح إضافة الطلاق إليهما وفيما تقدم تصح (وكذا إذا قال ضمنت) لأنه تصريح بموجبه (أو قال) هو (على) لأنه صيغة الالتزام (أو قال لي) لأنه في معنى على في هذا المقام : قال عليه الصلاة والسلام : ومن ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كلا أو عيالا فإلى) (وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل به) لأن الزعامة هي الكفالة وقد روينا فيه : والقبيل هو الكفيل ، ولهذا سمي الصلح قبالة ، بخلاف ما إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزم المعرفة دون المطالبة . قال (فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بيعته لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت) وقام بما التزمه ، فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه ، ولكن لا يجبره أول مرة لعله ما يرى لماذا يدعى .

إذا أضاف إلى جزء شائع منه تكفلت (بنصفه أو ثلثه أو يجزء منه لأن النفس الواحدة في حق الكفالة لا تنجز أ فذكر بعضها شامعا كذكر كلها) ووجه ضمنت (بأنه تصريح بموجبه) لأن موجب الكفالة لزوم الضامن في المال في أكثر الصور وعلى صيغة التزم وإلى في معناه قال صلى الله عليه وسلم (من ترك كلا) أي يتيم (فإلى) لأن العطف يقتضى المغايرة . وقوله (وقد روينا فيه) اقتصر في بعض النسخ وفي بعضها الحديث يريد قوله صلى الله عليه وسلم (الزعيم غارم) في الصحيحين عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم (من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا فإلينا) وأخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن المقداد بن معد يكرب قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من ترك كلا فإلى) ، ومن ترك مالا فلورثته ، وأنا وارث من لا وارث له أقبل عنه وأرثه ، والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويتره . ورواه ابن حبان في صحيحه . وفي لفظ لأبي داود (وأنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، فمن ترك ديناً أو ضيعة فإلى) (بخلاف ما لو قال أنا ضامن لمعرفته) لا تنبئ به الكفالة (لأنه التزم المعرفة دون المطالبة) وكذا معرفته وكذا أنا ضامن لك على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ، ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه فغيبه اختلاف المشايخ . والوجه أن يلزمه لأنه مصدر متعد إلى اثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم ، بخلاف معرفته فإنه لا يقتضى المعرفة الكفيل المطلوب . وعن نصير قال : سأل ابن محمد ابن الحسن أبا سهلاني الجوزجاني عن رجل قال لأخيه أنا ضامن لمعرفة فلان ، قال أبو سهلان : أما في قول أبي حنيفة وأبيك لا يلزمه شيء ، وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم . قال الفقيه أبو الليث في النوازل : هذا القول عن أبي يوسف غير مشهور ، والظاهر ما عن أبي حنيفة ومحمد ، وفي خزانة الواقعات وبه بقى : أي بظاهر الرواية ، لكن نص في المتن أن في قول أبي يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه ، وعلى هذا معاملة الناس . وفي فتاوى النسفي : لو قال الدين الذي لك على فلان أنا أدفعه إليك أو أسلمه إليك أو أقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام . وفي الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما إذا قاله متجزاً فلو معلقاً يكون كفالة نحو أن يقول إن لم يؤد فإنا أودى ، نظيره في النذر لو قال أنا أحجج لا يلزمه شيء ، ولو قال إن دخلت الدار فإنا أحجج يلزمه الحجج (قوله فإن شرط في الكفالة) أي بالنفس (تسليم المكفول به في وقت بيعته) أو يوم (لزمه إحضاره فيه وإلا حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق عليه) وهذا إذا لم يظهر عجزه عن

التزم المعرفة دون المطالبة . وذكر في المتن أنه إذا قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان فهو كفالة على قول أبي يوسف ، وعلى هذا معاملة الناس : قال (فإن شرط في الكفالة بالنفس تسليم المكفول به في وقت بيعته لزمه إحضاره إذا طالبه في ذلك الوقت وقام بما التزمه ، فإن أحضره برئت ذمته ، وإن لم يحضره لا يستعجل في حبسه لعله ما يرى لما يدعى) (قال المصنف : فإن شرط في الكفالة ، إلى قوله : في ذلك الوقت) أقول : لا قبله كما في المتن المؤجل ، فقوله في ذلك يجوز أن يكون من باب التنارح .

ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه وعييته ، فإن مضت ولم يحضره يحبس لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق : قال (وكذا إذا ارتدّ والعباد بالله ولحق بدار الحرب) وهذا لأنه عاجز في المدة فينظر كالكلى أعسر ، ولو سلمه قبل ذلك برئ لأن الأجل حقه فيملك إسقاطه كما في الدين المؤجل . قال (وإذا أحضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له

إحضاره فيه ، فإن ظهر لا يحبس إذ لا فائدة في حبسه ، كما إذا مات المكفول به فإن الكفالة تبطل ، فإن غاب وعلم مكانه لا يطالب الكفيل للحال ويؤجل إلى مدة يمكنه الإحضار فيها ، فإن لم يحضره ظهرت ماطلة الكفيل فيحبس إلى أن يظهر للقاضي تملأ الإحضار عليه بدلالة الحال أو بشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر إلى وقت القدرة كالإحصار بالدين ، وإذا أخرج لا يحول بينه وبين المكفول له فيلازمه ولا يمنعه من أشغاله ، ولو لم يكن يعلم مكانه سقطت مطالبة الكفيل ، فأو قال الطالب تعرف مكانه وقال الكفيل لا أعرف ، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج إليها إلى موضع معلوم للتجارة فالقول للطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إليه لأن الظاهر شاهد له ، وإن لم يكن ذلك فالقول للكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة . وقيل لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبس حتى يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه بالضمان فلا يصدق في دعوى ما يسقطها ، فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا يؤمر الكفيل بالذهاب إليه . وفي بعض النسخ قوله (وكذا إذا ارتدّ ولحق بدار الحرب) يعني يمهل الحاكم مدة ذهابه إلى دار الحرب إن كان بيننا وبينهم موادة ، فإن لم يكن لا يواخذ الكفيل للعجز عنه والحق ، وإن كان موتا فهو حكى في ماله ليعطى الأقرب إليه ، أما حقوق العباد ثابتة على حالها . ولم يفصل في المذهب بين المسافة البعيدة والقرية . للشافعية فيما إذا كانت مسافة القصر وجهان : أحدهما لا يسقط الطلب كما هو فيها دونها ، والثاني يسقط إلحاقا بالغيبة المنقطعة (قوله وإذا أحضره وسلمه إليه في مكان يقدر المكفول له

فلذا علم ذلك وامتنع ، فإذا أن يكون لعجز أو مع قدرة ، فإن كان الثاني حبسه الحاكم ، وإن كان الأول فلما أن يعلم مكانه أولا ، فإن كان الأول أمهله الحاكم مدة ذهابه وعييته ، فإن مضت المدة ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق ، وإن كان الثاني فالطالب إما أن يوافقه على ذلك أولا ، فإن كان الأول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال ، وإن كان الثاني فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرفه ، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج معها إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع لأن الظاهر شاهد له ، وإن لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول الكفيل لأنه متمسك بالأصل وهو الجهل بالمكان ومنكر لزوم المطالبة لإياه . وقال بعضهم : لا يلتفت إلى قول الكفيل ويحبس الحاكم إلى أن يظهر عجزه لأن المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على إسقاطها عن نفسه بما يقول ، فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره اعتبارا للثابت بالبينات معاينة . قال (وإذا أحضره وسلمه في مكان الخ) إذا أحضر الكفيل المكفول بنفسه وسلمه في مكان يقدر المكفول له أن يخاصمه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل لأن المقصود

أن يخصمه فيه مثل أن يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة) لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به ، وهذا لأنه ما التزم التسليم إلا مرة . قال (وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضى فسلمه في السوق برئ) لحصول المقصود ، وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظاهر المعاونة على الانتفاع لاعلى الإحضار فكان التقييد مفيدا (وإن سلمه في برية لم يبرأ) لأنه لا يقدر على الخصامة فيها فلم يحصل المقصود ، وكذا إذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ، ولو سلم في مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أى حنيفة للقدرة على الخصامة فيه . وعندهما لا يبرأ لأنه قد تكون شهوده فيها عينه ،

على أن يخصمه مثل أن يكون في مصر) من الأمصار (برئ الكفيل من الكفالة) سواء قبله الطالب أو لا كالمدينون إذا جاء بالدين فوضعه بين يدي الطالب (وهذا لأنه ما التزم التسليم) بالكفالة (إلا مرة) وقد حصلت . ثم الشرط عندهما أن يكون ذلك المصر وهو المصر الذى كفل فيه . وعن أى حنيفة ليس ذلك بشرط وهى المسئلة الأخيرة من مسائل التسليم ، ووضعها هنا أنسب . وجه قوله إنه يثبت بذلك قدرة الخصامة في الجملة وهما يقولان المقصود من التكفيل بنفسه تحصيله في وقت يقدر فيه على خصامته ، وهذا لا يكون ظاهرا إلا في مصر لأن شهوده ظاهر فيه لافى غيره من الأمصار ، ولا يفيد التكفيل غائله المقصودة به ، وقولها أوجه . وفي الفتاوى : القاضى إذا أخذ كفيلاً من المدعى عليه بنفسه فإن التكفيل إذا سلمه إلى القاضى أو إلى رسوله برئ ، وإن سلم إلى المدعى لا ، وهذا إذا لم يضاف الكفالة إلى المدعى ، فإن أضاف بأن قال أكفل للمدعى فالجواب على العكس ، أما إن عين مجلس القاضى أو المسجد الجامع فالذهب أنه إذا سلمه في السوق برئ لأن المقصود من الكفالة يحصل بذلك وهو قدرة الخصامة . وحينئذ اختلف الزمان رأى المشايخ أنه لا يبرأ بذلك لأن البراءة كانت باعتبار أنه يقرر على إصالحه إلى حضرة القاضى بمعاونة الناس وعبار الطريق الآن لا يقدر أن لا يفعلون أو لا يفعلون إن قدروا فكان التقييد مفيدا . وقد روى عن أبى يوسف نصا وقال : لأن الناس لا يعينونه بالإحضار . قيل ويجب أن يفتى بهذا . ولو شرط تسليمه عند الأمير فسلمه عند القاضى أو عزل ذلك القاضى وولى غيره فدلغته عند الثانى جاز ، ذكره في الخلاصة (ولو سلمه في برية أو سواد لا يبرأ) اتفاقا

بالكفالة بالنفس هو الهاكمة عند القاضى ، فإذا سلمه في مثل ذلك المكان حصل المقصود فبرئ الكفيل لأنه ما التزم التسليم إلا مرة واحدة وقد حصل ذلك بما قلنا ، وإن كفل على أن يسلمه في مجلس القاضى فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وهو القدرة على الهاكمة . وقال فحس الأئمة السرخسى : المتأخرون من مشايخنا قالوا هذا بناء على عاداتهم في ذلك الوقت . أما في زماننا إذا شرط التسليم في مجلس القضاء لا يبرأ بالتسليم في غير ذلك المجلس لأن الظاهر المعاونة على الانتفاع لغلبة أهل الفسق والفساد لاعلى الإحضار والتقييد بمجلس القاضى مفيد ، وإن سلمه في برية لم يبرأ لعدم المقصود وهو القدرة على الهاكمة وكذا إذا سلم في سواد لعدم قاض يفصل الحكم وإن سلمه في مصر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أى حنيفة رحمه الله للقدرة على الخصامة فيه ، وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيها عينه فالتسليم لا يفيد المقصود . والجواب أن شهوده كما يتوهم أن يكون فيها عينه يتوهم أن يكون فيها سلمه فيه ، فتعارض الموهومان ويبنى التسليم متحققا من الكفيل على الوجه الذى التزمه فيبرأ ، وهذا لأن الاعتبار تمكنه من أن يحضره مجلس القاضى إما ليثبت الحق عليه أو يأخذ منه كفيلا وقد حصل . وقيل هذا اختلاف عصر وأوان ، فإن أباح حنيفة رحمه الله كان في القرن الثانى وقد شهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لأهله بالصلب فكانت

(قوله فتعارض الموهومان) أقول : فيه بحث ، لأن الظاهر هو كونهم في مكان التكفيل بحكم الاستصحاب فلا تعارض .

ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على الخصامة فيه . قال (وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة) لأنه عجز عن إحضاره ، ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل ، وكذا إذا مات الكفيل لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وما له لا يصلح لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال . ولو مات المكفول له فلو وصى أن يطالب الكفيل ، فإن لم يكن فلوارثه لقيامه مقام

(ولو سلمه في السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لأنه لا يقدر على المحاكمة فيه) وفي المتن : رجل كفل بنفسه محبوس يبنحى للقاضي أن يخرج به حتى يدفعه الكفيل إلى المكفول له ثم يعيده إلى السجن . ومفهوم قوله وقد حبسه غير الطالب يدل عليه . وفي العيون : لو ضمن بنفس رجل وحبس المطلوب في السجن فأقْب به الذي ضمنه إلى مجلس القاضي فدفعه إليه قال محمد : لا يبرأ لأنه في السجن ؛ ولو ضمنه وهو في السجن يبرأ ، ولو دخل عن الحبس ثم حبس ثانياً فدفعه إليه وهو في الحبس ، إن كان الحبس الثاني من أمور التجارة ونحوها صح الدفع ، وإن كان في أمر من أمور السلطان لا يبرأ . ولو حبس الطالب المطلوب ثم أخذ الطالب الكفيل فقال ادفعه إلى فدفعه وهو في الحبس قال محمد : برئ بتسليمه إليه وهو في حبسه . ومفهوم هذا القيد في قول المصنف وقد حبسه غير الطالب . ولو قال المطلوب في السجن دفعت نفسي إليك عن كفالته كان جائزاً أيضاً وبرئ الكفيل . وفي الواقعات : رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره (قوله وإذا مات المكفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل ، وكذا إذا مات الكفيل) يعني يبرأ لأنه لم يبق قادراً على تسليم المكفول بنفسه وما له لا يصلح لإيفاء هذا الواجب (الذي هو إحضار النفس) بخلاف الكفيل بالمال (إذا مات فإنه يطالب بأداء ما كفل به لأن ماله يصلح للوفاء بذلك فيطالب به الوصي ، فإن لم يكن فلوارث لقيامه مقام الميت وترجع ورثة الكفيل على الأصيل : أعني المكفول عنه إن كانت الكفالة بأمره كما في الحياة ؛ ولو كان الدين مؤجلاً ومات الكفيل قبل الأجل يؤخذ من تركته حالا ولا ترجع ورثته على المكفول عنه إلا بعد حلول الأجل لأن الأجل باق في حق المكفول عنه لبقاء حاجته إليه . وعن زفر لا يحمل بموت الكفيل لأنه مؤجل على الكفيل أيضاً . أما لو مات المكفول له فلا تسقط الكفالة بالنفس كما لا تسقط بالمال لأن الكفيل موجود على

الغلبة لأهل الصلاح والقضاة لا يرغبون إلى الرشوة ، وعامل كل مصر متقاد لأمر الخليفة فلا يقع التفاوت بالتسليم إليه في ذلك المصير أو في مصر آخر ، ثم تغير الحال بعد ذلك في زمن أبي يوسف ومحمد رحمه الله فظهر الفساد والميل من القضاة إلى أخذ الرشوة ، فقيد التسليم بالمصر الذي كفل له فيه دفعا للضرر عن الطالب ، ولو سلمه في السجن ، فإن كان الحبس هو الطالب برئ ، وإن كان غيره لم يبرأ لأنه لم يقدر على المحاكمة فيه . وذكر في الواقعات : رجل كفل بنفس رجل وهو محبوس فلم يقدر أن يأتي به الكفيل لا يحبس الكفيل لأنه عجز عن إحضاره ، ولو كفل به وهو مطلق ثم حبس حبس الكفيل حتى يأتي به لأنه جال ما كفل قادر على الإتيان به . قال (وإذا مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة بالنفس) بقاء الكفالة بالنفس ببقاء الكفيل والمكفول به وموتهما أو موت أحدهما مسقط لها ، أما إذا مات المكفول به فلائ الكفيل عجز عن إحضاره ولأنه سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل ، وأما إذا مات الكفيل فلائ عجز عن تسليم المكفول بنفسه لامحالة . فإن قيل : فليؤد الدين من ماله . أجاب بأن ماله لا يصلح لإيفاء هذا الواجب وهو إحضار المكفول به وتسليمه إلى المكفول له

الميت . قال (ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا برئء فدفعه إليه فهو برئء) لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ، ولو سلم المكفول به نفسه من كفالاته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع ،

قدرته ، والوصى أو الوارث . يقوم مقام الميت في المطالبة فيطالبه بذلك (قوله ومن كفل بنفس آخر ولم يقل إذا دفعته إليك فأنا برئء فدفعه إليه فهو برئء لأنه) أى دفع المطلوب هو (موجب التصرف) يعنى الكفالة فلا يحتاج في ثبوته إلى التنصيص عليه كالمالك موجب البيع فيثبت عنده من غير أن يشترط ، والتحقيق أن موجب الكفالة وجوب الدفع عند المطالبة وجوازه عند عدمها والبراءة موجب الدفع فكانت حكم متعلق موجب الكفالة . فإذا وجد وجدت وقد وجد ، إذ قد فرض الدفع فتثبت من غير حاجة إلى اشتراطها . وقوله (كما في قضاء الدين) يعنى إذا سلم المدينون الدين للدائن ولا مانع من القبض برئء ، وإن لم يقبضه كالغاصب إذا رد الغصب على المالك يبرأ مع أنه جأن فها هنا أولى ، والبايع إذا سلم المبيع إلى المشتري قال الفقيه أبو الليث : إنما ذكر هذا لدفع توهم أنه يلزم الكفيل تسليمه مرة بعد مرة إلى أن يستوفى حقه لأن الكفالة ما أريدت إلا للتوفيق لاستيفاء الحق فلم يستوفى يجب عليه تسليمه إلى أن يستوفيه فأزال هذا الوهم ببيان أن عقد الكفالة يوجب التسليم مرة لا بقيد التكرار (قوله ولو سلم المكفول به نفسه من كفالاته) أى من كفالة الكفيل وذلك بأن يقول سلمت نفسي أو دفعت نفسي إليك من كفالة فلان (صح) عن كفالاته فيبرأ الكفيل بذلك . قال شمس الأئمة : لا نعلم فيه خلافا . قال المصنف (لأنه) أى المكفول (مطالب بالخصومة) وفى بعض النسخ مطالب بالحضور : يعنى إذا طالب الكفيل فكان

لا أصالة وهو ظاهر لأنه لم يلزم المال ، ولا نياية لأنه لا ينوب عن النفس ، بخلاف الكفيل بالمال فإن الكفالة لا تبطل بموته لأن ماله يصلح نائبا ، إذ المقصود إيفاء حق المكفول له بالمال ومال الكفيل صالح لذلك فيؤخذ من تركته ثم ترجع ورثته بذلك على المكفول عنه إذا كانت الكفالة بأمره كما في حالة الحياة . وإذا مات المكفول له فلو وصى أن يطالب الكفيل إن كان له وصى ، وإن لم يكن فلوارثه أن يفعل ذلك لقيام كل منهما مقام الميت . قال (ومن كفل بنفس آخر الخ) ومن كفل بنفس آخر بالإضافة ولم يقل فإذا دفعت إليك فأنا برئء فدفعه إليه فهو برئء لأنه يعنى البراءة وذكره لتذكير الخبر وهو الموجب ، ومعناه الكفالة بالنفس موجبها البراءة عند التسليم وقد وجد ، والتنصيص على الموجب عند حصول الموجب ليس بشرط ككفوت الملك بالشراء فإنه يثبت بلا شرط لأنه موجب التصرف ، وكحل الاستمتاع فإنه يثبت بالنكاح الصحيح لكونه موجبه وكذا في سائر الموجبات . وقال في النهاية : لأنه موجب التصرف : أى لأن دفع المكفول به إلى المكفول له موجب تصرف الكفالة بالنفس والموجبات تثبت بالتصرف بدون ذكرها صريحا ، وليس بشئ لأن الكلام في أن البراءة تحصل بدون التنصيص لادفع المكفول به إلى المكفول له . قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير : إنما أورد هذا النفي للاشتباه لأن تسليم النفس يحتاج إليه وقتا بعد وقت حتى يصل إليه حقه ، ففعل الطالب يقول ما لم أستوفى حتى من المطلوب لا يبرأ الكفيل ، ولكن يقال له قد أوجب على نفسه التسليم ولم يذكر التكرار وإذا وجد التسليم ، ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين لأن الكفيل يبرئ نفسه بإفشاء عين ما ألزم فلا يتوقف على قبول صاحبه ، فلو توقف لربما امتنع عن ذلك إبقاء لحق نفسه فيضرب به الكفيل والضرب مدفوع بقدر الإمكان ، ولو سلم الأصيل نفسه عن كفالاته : أى كفالة الكفيل وقال دفعت إليك نفسي من كفالة فلان يبرئ الكفيل وصادر كتسليمه الكفيل لأن

وكذا إذا سلمه إليه وكيل الكفيل أو رسوله لقيامهما مقامه . قال (فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت لزمه ضمان المال) لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا التعليق صحيح ، فإذا وجد الشرط لزمه المال (ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس) لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل واحد منهما للتوثيق . وقال الشافعي : لا تصح هذه الكفالة لأنه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع .

بتسليمه نفسه على هذا الوجه مسقطاً ذلك عن نفسه إذا طالبه بمجعل الدين الذي عليه فلا يكون متبرعاً كالمجمل إذا قضى الدين بنفسه يصح قبل الطالب أو لم يقبله (وكذا إذا سلمه رسول الكفيل أو وكيله لقيامهما مقامه) يعنى إذا قال سلمت إليك نفسه عن الكفيل ، بخلاف ما إذا لم يقل ذلك بل سلم نفسه ولم يزد على ذلك أو سلمه الوكيل ولم يقل ما ذكرنا لا يبرأ الكفيل ، ولو سلمه أجنبي لا بأمر الكفيل عن الكفيل لا يبرأ الكفيل بذلك إلا أن يقبله الطالب فيبرأ الكفيل حيثئذ ، بخلاف ما لو سكت الطالب فلم يقل شيئاً لا يبرأ (قوله فإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره إلى ذلك الوقت فهو ضامن) للألف (لأن الكفالة بالمال) في هذا (معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهذا تعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لأن وجوب المال عليه بالكفالة) المعلقة (لا ينافي الكفالة بنفسه إذ كل منهما للتوثيق) ولعله يطالبه بحق آخر فهذان مطلبان : أما الأول فخالف فيه الشافعي فقال لا تصح هذه الكفالة (لأنه) أى لأن تعليق الكفالة (تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع) فكما يجوز تعليق البيع كأن يقول إذا دخلت الدار فقد بعثك

المكفول به مطالب بالخصومة ، وفي بعض النسخ بالحضور من جهة الكفيل إذا طوّل به فهو يبرأ نفسه عن ذلك بهذا التسليم ، لكن إذا قال دفعت نفسي من كفالة فلان لأن تسليم النفس على المكفول به واجب من جهتين : من جهة نفسه ، ومن جهة الكفيل ، فلم يصرح بقوله من كفالة فلان لم يقع التسليم من جهة الكفيل فلا يبرأ ، وعلى هذا فما ذكر في النهاية من قوله أنه مطالب بالخصومة : أى لأن المكفول به مطالب بالحضور فلا يكون تسليم نفسه إلى الطالب متبرعاً فيه نظر ، لأنه لا يلزم من انتفاء التبرع وقوعه عن الكفيل لبرأ به لأن ثمة جهة أخرى كما بينا ، ولأنه يستلزم أن يبرأ الكفيل وإن لم يقل عن كفالة فلان وهو خلاف ما في اليسوط والشامل وغيرهما ، وتسليم وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه كتسليمه . قال (وإن تكفل بنفسه على أنه إن لم يواف به إلى وقت كذا الخ) رجل قال إن لم أواف بفلان إلى شهر فهو ضامن لما عليه وهو ألف فلم يحضره في الوقت المذكور ضمن المال ووافاه : أى آتاه من الوفاء ، وقيد بقوله لما عليه ، وهو مفيد لأنه إن لم يقبله لم يلزم الكفيل شيء عند عدم الموافاة على قول يجمد خلافاً لهما ، ويقول وهو ألف وهو غير مفيد لأنه إذا قال فعلى مالك عليه ولم يسم الكمية جاز لأن جهالة المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لا بقتاتها على التوسع ، ولهذا لو قال كفلت لك بما أدركك في هذه الجارية التي اشتريتها من ذلك صحت ، وكذلك الكفالة بالشحمة صحيحة مع أنها لم تعلم هل تبلغ النفس أولاً . ثم الحكم في هذه المسئلة شيان : أحدهما صحة الكفالة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله . والثاني عدم بطلان الكفالة بالنفس عند أدائه ما تكفل به من المال بعد وجود الشرط . والدليل على الأول قوله لأن الكفالة بالمال : يعنى في هذه الصورة معلقة بشرط عدم الموافاة ، وهو ظاهر لتصرّحه بذكر كلمة الشرط . وهذا التعليق يريد به تعليق

(قوله فيه نظر لأنه لا يلزم من انتفاء التبرع الخ) أقول : فيه تأمل ، ثم إن التفسير في قوله فيه نظر راجع إلى ما في قوله فإذا ذكر في النهاية .

ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر من حيث أنه التزام ، قلنا : لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه .
ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافقة متعارف .

كذا بمائة قبل الآخر لا يثبت البيع عند الدخول كذلك : هذا (ولنا أنه) أى عقد الكفالة (يشبه البيع) فى الانتهاء من حيث أن الكفيل بالأمر يرجع على المكفول عنه بما أدى فصار كالمعاوضة (ويشبه النذر) ابتداء (من حيث أنه) تبرع فى الابتداء (بالالتزام) المال ، فبالنظر إلى الشبه الأول فقط لا يصح تعليقه ، وبالنظر إلى الثانى فقط يجوز مطلقا ، فإن النذر يصح تعليقه مطلقا فعملنا بالشبهين (قلنا إن كان) التعليق (بشرط متعارف) بين الناس أى تعارفوا تعليقها به (صح عملا بشبه النذر) وإن كان يغير متعارف كدخول الدار (وهبوب الريح ونحوه لا يجوز عملا بشبه البيع والتعليق بعدم الموافقة متعارف) ثم ذكر خصوص الكيفية فى صورة المسئلة وهى الألف اتفاق فى التصوير ، فإن الكفالة لا تتوقف صحتها على معاومية القدر المكفول به بل لا يضره جهالة المكفول به لو قال كفلت لك بمالك عليه صح ، ومهما ثبت بالبيئة أنه عليه لزمه . وأما الثانى فقد نقل عن الشافعى عدم صحة الكفالتين وهو على خلاف الصحيح عنه بل الكفالة بالنفس جائزة فإنما لا تصح الكفالة الثانية للتعليق : وأما ثبوت صحتهما فلم يقتضى وهو الكفالة بالنفس أولا ثم الكفالة بالمال ثانيا معلقة وقد وجد الشرط فصحت كفتالتان متعلدتا الموجب لأن موجب تلك تعليم النفس وموجب الأخرى تسليم المال وليس إسقاط أحدهما مسقطا للآخر لجواز أن يكون له مال آخر يدعى به غير المال الذى كفل به معلقا ، وليس فى اللفظ ما يوجب أن التزم الكفالتين على البديل إلا لو كانت العبارة كفلت بنفسه ، على أنى إن لم أوافق به إلى كذا كنت كفيلًا بما عليه بدل نفسه ، ولم يذكر كذلك بل اللفظ على ثبوت الكفالة بالنفس متجزا بقوله كفلت بنفسه وعلى تعليق كفالة أخرى بالمال بعدم الموافقة به وقد وجد الشرط فتثبتت الكفتالتان : ولا يخفى حينئذ أنه لو كانت المعلقة بما له عليه بأن كفل بنفسه على أنه إن لم

الكفالة بالمال بعدم الموافقة صحيح لأنه شرط متعارف ، وسنذكر أن تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح ، فإذا صح التعليق ووجد الشرط لزمه المال . وعلى الثانى قوله لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافى الكفالة بنفسه ، وتقريره أن الكفالة بالنفس لما تحققت حقا للمكفول له لا تبطل إلا بما ينافيها من التسليم أو إبراء أو موت ، وليست الكفالة بالمال متنافية لهما لاجتماعهما ، ولأن كلا منهما للتوثق فلا تبطلها وكيف تبطلها وقد يكون له عليه مطالبات أخرى وإبطالها يقضى إلى الضرر بالمكفول له وهو مدفوع . وعورض بأن الكفالة بالمال تثبت بدلا عن الكفالة بالنفس ، ووجوب البديل ينافى وجوب البديل منه كما فى خصال الكفارة . ولجيب بأن بدليتها ممنوعة ، فإن كل واحد منهما مشروع للتوثق كما مر ككفالة بالنفس بعد مثلها وبأن لاجتماعهما صحيح والوفاء بهما إذ ذلك واجب ، بخلاف خصال الكفارة على الصحيح . وقال الشافعى : هذه الكفالة : أى المعلقة بالشرط لا تصح لأنه أى تعليق الكفالة تعليق سبب وجوب المال بالخطر فأشبه البيع فى لزوم المال بالعوض بالرجوع على الأصين إذا كان بأمره وتعليق سبب وجوب المال بالخطر فى البيع لا يجوز فكذا هاهنا . والجواب أننا لا نسلم أن فيه تعليق سبب وجوب المال بالخطر لأن الكفالة عندنا التزام المطالبة بالالتزام المال : سلمناه ، ولكن أشبه البيع مطلقا أو من وجه ، والأول ممنوع والثانى يفيد المطلوب لأنه يشبه البيع من وجه كما مر ، ويشبه النذر من حيث الالتزام ، فشبه

(قال المصنف : ولنا أنه يشبه البيع ويشبه النذر الخ) أقول : تعليق النذر بالشرط صحيح . قال فى البدائع : إذا قال إن كنت فلانا فملى أن تصدق هذه البرام فكلم فلانا وجب عليه أن يصدق بها التمس .

قال (ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه ضمن المال) لتحقق الشرط وهو عدم الموافقة .

يؤاخذ به إلى كذا فهو كفيل بكل مال عليه ينبغي أنه إذا ثبت له عليه مال فدفعه ثم اعترف بأنه لم يبق له قبله حتى أن تبطل الكفالة بالنفس حيث ، ولو توارى المكفول له عند مجيء الوقت فلم يجده الكفيل ليدفعه إليه وخاف لزوم المال عليه يرفع أمره إلى القاضي لينصب وكيلًا فيسلمه إليه ، وعلى هذا لو باع على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام فتوارى حتى كادت تمضي يرفع المشتري إلى القاضي لينصب وكيلًا عن الغائب ويرد عليه . قال الفقيه أبو الليث : هذا خلاف قول أصحابنا ، وإنما روى في بعض الروايات عن أبي يوسف . ولو فاه القاضى فهو حسن ، ذكره في الخلاصة ، وفيها كفيل بنفس رجل على أنه إن لم يواف به غدا فالمال الذى للطالب على فلان رجل آخر وهو كذا على الكفيل جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول . وهنا ثلاث مسائل : إحداها أن يكون الطالب والمطلوب واحدا في الكفالتين وأنه جائز استحسانا . والثانية أن يكون الطالب مختافا فيهما فتبطل الكفالة بالمال سواء كان المطلوب واحدا أو اثنين ، وإن كان الطالب واحدا والمطلوب اثنين اثنين فهو المختلف فيه . ولو كفل بنفسه إلى غدا فإن لم يواف به غدا في المجلس مثلا فعليه المال الذى عليه واشترط الكفيل على الطالب إن لم تواف غدا لتقبضه منى فأنا برئى منه فالتيا بعد الغد فقال الكفيل قد وافيت وقال الطالب قد وافيت ولم تواف أنت لم يصلق واحد منهما ، فلو أقام المطلوب بينة على الموافقة برئى من الكفالتين ، وكلما كفل على أنه إن لم يواف به فعليه المال فادعى الكفيل أنه وافى به لا يصدق ، ولو كفل بنفسه وقال فإن غاب فلم أوافك به فأنا ضامن لما عليه فهذا على أن يوافيه بعد الغيبة (قوله ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه) يعنى بعد الغد (ضمن المال) للمكفول له ويرجع على ورثة المكفول به إن كانت الكفالة بإذنه : فإن قيل : ينبغي أن لا يجب المال إذا مات المكفول به لأن شرط صحة هذه الكفالة بالمال بقاء الكفالة بالنفس وهى قد زالت بموت المكفول به على ما عرفت وصار كما لو أبرأ المكفول له الكفيل عن الكفالة بالنفس قبل الوقت . أجب بالفرق بأن الإبراء وضع لفسخ الكفالة فتفسخ من كل وجه ، بخلاف الانقاسخ بالموت إنما هو ضرورة العجز عن التسليم المفيد فيقتصر إذا لاضرورة إلى تعديها إلى الكفالة بالمال : وأما جواب المحبوب ولللبسوط بأن تصحيحها بطريق التقديم والتأخير بأن يجعل كأنه كفل بالمال لإحلال ثم علق بإبراءه بعدم الموافقة :

البيع يقتضى أن لا يجوز التعليق بالشروط كلها ، وشبه لنرى يقتضى جواز ذلك وإعمال الشبهين أولى . فقلنا : لا يصح تعليقه بشرط غير متعارف كهبوب الريح ونحوه ، ويصح بشرط متعارف عملا بهما . والتعليق بعدم الموافقة متعارف فإن الناس تعارفوا تعليق الكفالة بالمال بعدم الموافقة بالنفس ورغبتهم في ذلك أكثر من رغبتهم في عجز الكفالة بالنفس . قال (ومن كفل بنفس رجل الخ) (ومن كفل بنفس رجل وقال إن لم يواف به غدا فعليه المال ، فإن مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافقة ، وهذه مسألة الجامع الصغير ، فهى وإن وافقت مسألة القندورى المذكورة في أن كلا منهما يجب عليه المال بعدم الموافقة بالشرط لكنه علمها هاهنا بالموت وفيها تقدمت بغيره فذكرها بيانا لعدم التفرقة بين عدم الموافقة بالموت وبغيره ، وفيه شبهة قوية وهى أن الكفالة بالنفس إذا سقطت وجب أن يسقط ما يترتب عليها من الكفالة بالمال لكونها كالتأكيد لها ليست مقصورة ، ولهذا إذا وافى بالنفس لم يلزمه المال وقد سقطت إذا سقطت الأولى بالإبراء فيجب أن تسقط فيها نحن فيه : لأن

قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار بينها أولم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : إن لم يبينها حتى تكفل به رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه) لأنه علق مالا مطلقا بنظر ، ألا يرى أنه لم يتسبب إلى ما عليه ،

فخروج عن الظاهر احتياطا لإيجاب المال لتحقيق الشرط وهو عدم الموافقة ، ولم يذكر في أكثر نسخ الجامع الصغير لفظ الغد ولهذا لم يذكره فخر الإسلام والأصلر الشهيد وقاضيهان ، فثبت الفرق بين مسألة الجامع والقُدوري بأن هذه مطلقة وتلك مقيدة بالوقت فلذا ذكرها المصنف . والوجه أن هذه تفيد فائدة أخرى وهي أن عدم الموافقة إذا كان لعجز الموت لا أثر له ويثبت عنده الضمان ، وإنما كان يتوهم أن العجز الموجب لعدم الموافقة يكون عن تقصير من الكفيل ، بخلاف موت المكفول عنه لأنه غلب عن ذلك بأمر سبوي لاحيلة له في دفعه ولا تقصير منه فيه ، وإلا فكأن تلك مقيدة وهذه مطلقة لا يفيد علم معرفة حكم هذه . إذ قد عرف أن للمدار وجود الشرط ، ولا فرق بين المقيد والمطلق فيه ، هذا إذا مات المكفول به ، فلو مات الكفيل قبل مجيء الوقت هل يجب المال ديناً في تركته إذا مضى الوقت ؟ قال ظهير الدين : في الأصل إشارة إلى أنه يجب فإنه قال : إن وافى ورتة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل المال ، وإن أبي القبول يجبر عليه لأن لم حقا في ذلك وهو أن لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة (قوله ومن ادعى على آخر الخ) صوّبتها في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة : في رجل لزم رجلا وادعى عليه مائة دينار فينها أولم يبينها أو لزمه ولم يدع مائة دينار فقال له رجل

الأولى سقطت بالموت لما تقدم أن الكفيل بالنفس يبرأ بموت المكفول به وإلا لزم أن يكون ما فرضناه تأكيدا للغير مقصودا بالذات وذلك خلاف باطل . ولجواب الإمام ظهير الدين رحمه الله في فوائده بأن الإبراء وضع لتفسخ الكفالة والموت لم يوضع له ، فبالإبراء تنفسخ الكفالة من كل وجه ، وبالموت تنفسخ فيما يرجع إلى المطالبة بتسليم النفس ضرورة عجز الكفيل عن التسليم المستحق بعقد الكفالة ، لأن المستحق به تسليم يقع خروجه إلى الخصام وهو عاجز عن مثل هذا التسليم ، ولا ضرورة إلى القول بانقضاءها في حق الكفالة بالمال لأن عدم الموافقة مع العجز عن تسليم النفس يتحقق ، هذا ما ذكره ، ولا يلزم ضرورة التأكيد مقصودا لأن المؤكد لم يسقط بالنسبة إليه فهو تأكيد كما كان ، فإن قيل : إذن يتضرر الكفيل وهو مدفوع : قلنا : الالتزام منه غير مدفوع ، وقد التزم حيث تيقن بأحوال الموت ولم يستثن . فإن قيل : ترك الاستثناء قلنا منه أن بالموت تنفسخ الكفالة بالنفس فكذا ما يترتب عليها . قلنا : دعوى منه على خلاف إطلاق لفظه في إن لم يواف فلا يفيد له إضرار غيره . قال (ومن ادعى على آخر مائة دينار الخ) ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها ياتها جيدة أو رديئة هندية أو مصرية أو لم يبينها حتى تكفل بنفسه رجل على أنه إن لم يواف به غدا فعليه المائة فطلبه ولم يواف به غدا فعليه المائة عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخر . وقال محمد : إن لم يبينها حتى تكفل به ثم ادعى بعد الكفالة مائة موصوفة بصمة لأنسمع دعواه فلا يقبل المدعى على مطالبة الكفيل بالكفالة ، وذلك لوجهين : أحدهما أن الكفيل علق في كفالة مالا مطلقا عن النسبة حيث لم ينسبه إلى ما عليه بأمر متردد قد يكون وقد لا يكون وهو عدم الموافقة بالمدعى عليه غدا ، ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن يبينها لاحتمال أنه لم يلتزم المال الذي هو على المدعى عليه ، بل التزم ما التزمه على وجه الرشوة ليترك المدعى عليه في الحال ، وهذا الوجه منسوب إلى الشيخ الإمام أبي منصور الماتريدي ، وهو كما ترى يقتضي أن لا تصح الكفالة وإن بين المال وبه صرح المصنف . والثاني أن الدعوى بلا

ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وإن بينها وأنه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب إحضار النفس، وإذا لم يجب لاتصح الكفالة بالنفس فلا تصح بالمال لأنه بناء عليه، بخلاف ما إذا بين، ولهما أن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى ما عليه، والعادة جرت بالإجمال في الدعوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحقق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها الثانية.

دعه وأنا كفيل بنفسه إلى غد فإن لم أوافك به غدا فعلى "مائة دينار فرضي بذلك فلم يوافق به غدا، قال عليه المائة الدينار في الوجهين جميعاً إذا ادعى ذلك صاحب الحق أنه له، وهذا قول أبي يوسف، وقال محمد: إن ادعى ولم بينها حتى كفّل له بالمائة دينار أو ادعاها بعد ذلك لم يلتفت إلى دعواه. وأراد بالوجهين ما إذا بينها: أي ذكر أنها جيدة أو رديئة أو وسط أو نحو ذلك أو لم يذكر ذلك قيل. والأفيد أن يراد بالوجهين ما إذا ادعى المائة عينا أولاً، وما إذا لم يدع شيئاً حتى كفّل له ثم ادعى المقدار الذي سماه الكفيل. لمحمد وجهان: أحدهما أنه علق التزام مال مطلق بخطر هو عدم الموافقة إذا لم ينسب المائة إلى ما عليه وهو رشوة على أن يترك المطلوب في الحال فلا يصح التزام هذا المال أو كلامه يحتمل ذلك كما يحتمل ما يدعيه فلا يثبت ذلك بالثبوت، وعلى هذا الوجه عول الكرخي أبو منصور الماتريدي، وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس. الثاني أن الكفالة بالنفس باطلة لأن صحتها موقوفة على صحة الدعوى (ولم تصح) مع جهالة المدعي به (من غير بيان فلم يجب إحضار النفس فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لأنه بناء عليه) وإذا لم تصح الأولى لم تصح الثانية. وعلى هذا الوجه عول الكرخي وهو مبطل للكفالتين: قال المصنف (ولهما أن المال ذكر معرفاً فينصرف إلى ما عليه والعادة جرت بالإجمال في الدعوى) قبل الحضور إلى مجلس القاضي احتراز عن حيل الخصوم ثم يقع البيان فيه (فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحقق البيان بأصل الدعوى فتبين صحة الكفالة الأولى فيترتب عليها) صحة (الثانية) ونحن قد أجمعناك عبارة الجامع الصغير والمال منكر فيه حيث قال فعلى "مائة دينار، وكذا ذكر غير واحد، وكذا في المبسوط، فالوجه أن يترك المقدمة الأولى ويقال إنه إذا ظهرت الدعوى بألف ظهر أنه أراد الألف التي سيدعيها حكامنا بأن الكفيل كان يدرى خصوص دعواه تصحيحاً لكلام العاقل ما أمكن فتصح الكفالة حين تقع على اعتبار بيان الدعوى بذلك القدر. وحاصل هذا أننا لا نحكم حال صدورهما بالفساد بل الأمر موقوف على ظهور الدعوى بذلك القدر، فإذا ظهرت ظهر أنه إنما كفّل بالألف للمدعي به، وفي الخلاصة قال: إذا كفّل بنفس رجل على أنه إن لم يوافق به غدا فعليه ألف درهم ولم يقل إلى عليه ففرضي غدا ولم يوافق به وفلان يقول لأشئ على والطالب يدعي ألفاً

بيان غير صحيحة، فلم يجب إحضار النفس وحينئذ لاتصح الكفالة بالنفس فلا يصح ما ينهى عليها. وهذا منسوب إلى الشيخ الإمام أبي الحسن الكرخي، وهو يقتضي الصحة إذا كان المال معلوماً عند الدعوى. ولهما أن المال ذكره معرفاً لأنه قال: فعلى "مائة فينصرف إلى ما عليه وتكون النسبة موجودة فخرج عن كونه رشوة، فكان المال معلوماً والدعوى صحيحة فصحت الكفالة بالنفس والكفالة بالمال لكونها مبنية على الأولى. وهذه النكتة في مقابلة النكتة الأولى لمحمد، وقوله والعادة جرت في مقابلة الثانية. وتقريره أن المال إذا لم يكن معلوماً لأبأس بذلك لأن العادة جرت بالإجمال في الدعوى في غير مجلس القضاء دفعا لحيل الخصوم والبيان عند الحاجة في مجلس القضاء فتصح الدعوى على اعتبار البيان، فإذا بين التحقق البيان بأصل الدعوى فكانه أراد بالمائة المطلقة في ابتداء المائة التي يدعيها وبينها في الآخرة. وعلى هذا صحت الكفالة بالنفس والمال جميعاً، ويكون القول قوله

قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه : لا يجبر عليها عنه ، وقالوا : يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد وفي القصاص لأنه خالص حتى العبد فيلحق بهما الاستيثاق كما في التعزير ، بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى .

والكفيل ينكر وجوبه على الأصل فعل الكفيل ألف درهم عند أبي حنيفة وأبي يوسف الأول ، وفي قوله الآخر وهو قول محمد لا شيء عليه ، وهذا يقتضي أن الحاصل أن أبا حنيفة وحده . ويستفاد بها أن الألف يجب على الكفيل بمجرد دعوى المكفول له وإن كان الكفيل ينكر وجوبه على الأصل ، وسنذكر ما يظهر فيها (قوله ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رضي الله عنه) قال المصنف (معناه لا يجبر) على إعطاء الكفيل (عنه ، وقالوا : يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد) ولهذا يشترط الدعوى (وفي القصاص لأنه خالص حتى العبد) ليس كذلك بل الغالب فيه ذلك ، وفيه حتى الله لإخلاء الأرض عن الفساد ، ومعنى الجبر ليس أنه يجبر حتى يعطى بل يلزمه ولا يلزمه يدخل بيته إلا وهو معه أو يجلس معه خارج البيت أو يعطى كفيلة (بخلاف الحدود الخالصة حقا لله) كحد الزنا والشرب لا يجوز الكفالة وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل بعد الشهادة أو قبلها لأن قبلها لا يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا يسمع دعوى أحد في الزنا والشرب فلم تقع الكفالة بالنفس حتى واجب على الأصل وبعد إقامة البيئة قبل التعديل أو شهادة واحد عدل يجلس وبه يحصل الاستيثاق فلا معنى للكفالة ، بخلاف ما فيه حق العبد فإن حضوره مجلس الحكم مستحق عليه بمجرد دعوى القذف والقتل حتى يجبره القاضي على الحضور ويحول بيته وبين أشغاله فتصح الكفالة بإحضاره . وأورد عليه : ينبغي أن لا يجلس بذلك لأن معنى الاستيثاق فيه أكثر . أجب بأن المجلس في هذا ليس للاحتياط لإثبات الحد بل لهمة الإداعة والفساد تمزيما ، وإذا لم يكفل به ماذا يصنع ؟ قال : يلزمه إلى وقت قيام القاضي عن المجلس ، فإن أضرر البيئة فيها ولا خلى سبيله . وروى عن أبي يوسف في الذي يجمع الخمر ويشربه ويترك الصلاة قال أحسسه أوؤدبه ثم أخرجه ، ومن يتهم بالقتل والسرقة وضرب الناس فلن أحسسه وأخلده في السجن

في هذا البيان لأنه يلحق صحة الكفالة . قال (ولا تجوز الكفالة بالنفس الخ) من توجه عليه الحد أو القصاص إذا طالب منه كفيل بنفسه بأن يحضره في مجلس القضاء لإثبات ما يلحق المدعى عليه فامتنع عن إعطائه لا يجبر عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعلى هذا يكون معنى قوله ولا تجوز الكفالة لا يجوز إجبار الكفالة بخلف المضاف وإسناد الجواز إلى الكفالة مجاز . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد فيجبر عليها كما في سائر حقوقهم وفي القصاص لأنه خالص حتى العبد : أي لأن المذهب فيه حق العبد على الخلو لما عرف أن القصاص مشتمل على الحقين وحتى العبد غالب ، وليس تفسير الجبر هاهنا المجلس بل الأمر باللزامة بأن يدور الطالب مع المطلوب أينما دار حتى لا يتعيب ، فإذا انتهى إلى باب داره وأراد الدخول يستأذنه الطالب في الدخول فإن أذن له يدخل معه ويسكن حيث سكن وإن لم يأذن له بالدخول يجلسه على باب داره ومنعه من الدخول ، بخلاف الحدود الخالصة لله كحد الزنا وشرب الخمر حيث لا يجوز الكفالة بها وإن طابت نفس الكفيل بسواء أعطاه قبل إقامة البيئة أو بعدها . أما قبل إقامتها فلأن أحدا لم يستحق عليه حضور مجلس الحكم بسبب الدعوى لأنه لا يسمع دعوى أحد في الزنا وشرب الخمر فهذا لم يكفل بحق واجب على الأصل ؛

(قوله وفي القصاص لأنه خالص حتى العبد) أقول : معطوف على قوله يجبر في حد القذف .

ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « لا كفالة في حد من غير فصل » ولأن مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ، بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات فيلحق بها الاستيثاق كما في التعزير (ولو سمحت نفسه به يصح بالإجماع) لأنه أمكن ترتيب موجهه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم . قال (ولا يجبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي

إلى أن يتوب ، لأن شر هذا على الناس وشر الأول على نفسه . ولأبي حنيفة قوله صلى الله عليه وسلم « لا كفالة في حد ») رواه البيهقي وقال : تفرد به عمر بن أبي عمر الكلاعي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وهو من مشايخ بقية المجهولين ، ورواه ابن عدى . في الكامل عن عمر الكلاعي وأعله به . قال : مجهول لا أعلم روى عنه غير بقية ، كما يروى عن سائر المجهولين (ولأن مبنى الكل) يعني الحدود الخالصة حقا لله تعالى والتي فيها حق العبد كالتقصاص (على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق ، بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات فيلحق بها الاستيثاق كما في التعزير) حيث يجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه بنفسه . هذا (ولو سمحت نفسه) أى نفس المطلوب (بإعطاء الكفيل بلا جبر) يعنى في حد القذف والتقصاص (جاز لأنه أمكن ترتيب موجهه عليه) وهو تسليم النفس (لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم) ومقتضى هذا التعليل صحة الكفالة إذا صحح بها في الحدود الخالصة حقا لله لأن تسليم النفس واجب فيها ، لكن نص في الفوائد الخبازية والشاهية على أن ذلك في الحدود التي فيها للعباد حق كحد القذف لا غير كما ذكرناه من قريب ، ولأنه معارض بوجوب الدرء (ولا يجبس في الحدود حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي) أنه عدل لنفي المجهول

وبعد إقامة البينة قبل التعديل يجبس وبه يحصل الاستيثاق فلا حاجة إلى أخذ الكفيل (ولأبي حنيفة رحمه الله قوله صلى الله عليه وسلم « لا كفالة في حد » من غير فصل) يعنى بين ما هو حق العبد منه وبين ما هو خالص حق الله ، قيل هذا من كلام شريح لأن كلام النبي صلى الله عليه وسلم . ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح . وقال الصدر الشهيد في أدب القاضي : روى هذا الحديث مرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (ولأن مبنى الحدود والتقصاص على الدرء فلا يجب فيها الاستيثاق بالتكفيل) فإن قيل : حبس بإقامة شاهد عدل ومعنى الاستيثاق في الحبس أتم من أخذ الكفيل . أجيب بأن الحبس للهمة على ما يذكر للاستيثاق (بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات فيلحق بها الاستيثاق كما في التعزير) فإنه محض حق العبد يسقط بإسقاطه ويثبت مع الشبهات بالشهادة على الشهادة ويختلف فيه فيجبر المطلوب على إعطاء الكفيل فيه كما في الأموال (ولو سمحت نفسه) أى لو تبرع المدعى عليه بإعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في التقصاص (وحد القذف صح بالإجماع لأنه أمكن ترتيب موجهه عليه لأن تسليم النفس فيها واجب فيطالب به الكفيل ويتمحق معنى الكفالة وهو الضم) وألحق الإمام الحنبلي حد السرقة بحد القذف على المذهبين . قال (ولا يجبس فيها حتى يشهد شاهدان بالغ) لا يجبس الحاكم في الحدود من وجبت عليه ، وفي بعض النسخ فيهما : أى في حد القذف والتقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه : أى يعرف الحاكم كونه عدلا لأن الحبس هاهنا للهمة : أى لهمة الفساد لا لإثبات المدعى لأنه يحتاج إلى حجة كاملة ، والهمة تثبت بأحد شطرى الشهادة إما العدد أو العدالة ،

(قوله قبل هذا إلى قوله مرفوعا) أقول : القائل هو الإجماع ، وقال في شرحه : ولنا في دفعه نظر (قوله بخلاف سائر الحقوق لأنها لا تندري بالشبهات) أقول : تأمل في هذا التعليل كيف يثبت الملل (قوله أى لهمة الفساد لإثبات المدعى) أقول : أظهر لا للibert .

لأن الحبس للهمة ما هنا ، والهمة تثبت بأحد شطري الشهادة : إما العدد أو العدالة ، بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة . وذكر في كتاب أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيثاق بالكفالة .

(لأن الحبس هنا للهمة) لا لاستيفاء الحد (والهمة تثبت بأحد شطري الشهادة ، إما العدد أو العدالة) فإذا وقعت الهمة حبس بالنص ، وهو ما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالهمة . وقلنا تخريجه والكلام فيه في الحدود (بخلاف الأموال لأن الحبس أقصى عقوبة فيه) أى في المال فإنه لو ثبت المال بالينة العادلة وامتنع من الإيفاء يحبس فكان أقصى عقوبة فيها . أما الحدود والقصاص فأقصى العقوبة فيها القتل ، والحبس نوع عقوبة فيجاز أن يعاقب بالحبس قبل ثبوت الحد والقصاص . وفي الصراح والمغرب : الهمة بالتحريك ، وأصل الثاني فيه ولو من وهمت الشيء أمه وهما من باب ضرب : أى وقع في خطئى ، والوهم ما يقع في القلب من الخاطر ، واتهمت فلانا بكذا والاسم الهمة بالتحريك أصله اتهمت كما في اتكلت أصله واتكلت بمعنى اعتمدت فليت الواو ياء لانكسار ما قبلها ثم أبدلت منها وأدغمت في تاء الافتعال : قال المصنف (وذكر في أدب القاضي أن على قولهما لا يحبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد حصول الاستيثاق بالكفالة) إذ هما يقولان يجوز الكفالة فيحصل بها المقصود فكان عنهما روايتان : في رواية يحبس ولا يكفل ، وفي أخرى يكفل ولا يحبس لحصول المقصود بأحدهما . ويجمع بينهما بأن المراد بالأولى يحبس إن لم يقدر على كفل ، وبالثانية يكفل بلا حبس إن قدر على الكفل ، ولا يخفى أن المراد بالحدود حد القذف والقصاص

لأن الحبس للهمة من باب دفع الفساد وهو من باب الديانات والديانات تثبت بأحد شطريها . وقد روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالهمة بخلاف الحبس في باب الأموال لأنه أقصى عقوبة فيه فلا يثبت إلا بحجة كاملة . وحاصل الفرق أن ما كان الحبس فيه أقصى عقوبة كما في الأموال إذا ثبتت وحلهم موجبات السقوط وامتنع عن الإيفاء لا يحبس فيه إلا بحجة كاملة ، وما كان أقصى العقوبة فيه غير الحبس كالحدود والقصاص فإن الأقصى فيها القتل أو القطع أو الجلد جاز الحبس قبل ثبوته للهمة . ولقائل أن يقول : الحبس للهمة قبل ثبوت المدعى بالحجة يتناقض الدرء بالشبهات ، والدرء ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم « ادعوا الحدود بالشبهات » وبالإجماع على ذلك . فينتفى الحبس للهمة . ويمكن أن يجاب عنه بأن يحمل قولهم للهمة على أن المراد به اتهام الحاكم أيضا بالتهاون فيه ، وبيانه أن الدرء مأمور به والترك والتهاون حرام لإفضائه إلى فساد العالم الذى شرع الحدود لدفعه ، فإذا وجد أحد شطري الشهادة ولم يحسم الحاكم أنهم بأنه متهاون في ذلك وهو قاذح في عدلته ، والإيفاء من أمثاله مأمور به فيحبس بأحد شطري الشهادة إذا اتهم المدعى عليه بالفساد دفعا للهمة عن الحاكم ، والحبس من النبي صلى الله عليه وسلم في ذلك وقع تعليما للجواز حيث لم يكن النبي صلى الله عليه وسلم ممن يهيم بذلك ، ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل الدرء ، والله أعلم بالصواب . وذكر في كتاب أدب

(قوله يتناقض الدرء) أقول : لا تسلم ذلك ، وإنما يتناقض لو كان وضع الحبس للاستيثاق كما في التكفيل ، وليس كذلك بل الحبس يكون للقرينة وما نحن بصدد ذلك ، وقد صرحوا في القواميا وغيرها بأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية فلا حاجة إلى ما ذكره في معرض الجواب مع اشتباهه على ما لا يخفى فليتأمل (قوله ثم إذا سمع الحجة الكاملة تحيل الدرء) أقول : فحينئذ يكون الاتهام أكثر لتكفيل .

قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأنه دين مطالب به يمكن الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عايه فيهما . قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان) لأن موجب الزام

(قوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج) لأن الكفالة ضم في المطالبة بالدين والخراج دين مطالب به من جهة العباد حتى يجبس به ويلازم ويمنع من وجوب الزكاة فصحت الكفالة به والرهن لاستيفاء الدين منه ، والخراج يمكن استيفاؤه من الرهن (فأمكن ترتيب موجب العقد) أى كل من عقد الكفالة وهو مطالبة الكفيل وعقد الرهن وهو الاستيفاء للخراج من الرهن فصح كل من عقد الكفالة والرهن به . وظهر بما قرأناه أن قوله مطالب به يمكن الاستيفاء لف ونشر ، فالمطالبة ترجع إلى الكفالة والاستيفاء يرجع إلى الرهن . وإنما نص على خصوص هذا الدين لدفع توهم أنه لا تجوز الكفالة به لأن الخراج في حكم الصلوات ووجوبه لحق الشرع كالزكاة ، لكن لما كان ملزوما لأوامر الدين كما ذكرنا صح العتدان المذكوران ، بخلاف دين الزكاة فإنه وإن كان مطالب من العباد وهو الإمام في الأموال الظاهرة والمالك في الباطنة لا تصح الكفالة به فإنه ليس حقيقة الدين ، لأن حاصله إيجاب تمليك طائفة من المال شكرا لله على نعمة النعمى ، ولذا لا يؤخذ من تركه جبرا للورثة عندنا ، ولم يخاص كونه له مطالب من العباد عن شبهة علم ذلك ، فإن المالك لما عين يتحقق مطالبا من جهة العباد حقيقة . بل حقيقة ذلك أن يكون غير المالك مطالبا للمالك ، فالمالك مطالب بفتح اللام ليس غير ، ومطالبة الإمام ليس لإيصال المستحقين إلى أملاكهم بل إلى ما يستحقون لا بطريق الملك ، بخلاف سائر الديون فإنها مما وكأت (قوله ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فأخذ منه كفيلا آخر) بنفسه جاز (وهما كفيلان) بالنفس (لأن موجب الزام

القاضى : لا يجبس في الحدود والقصاص بشهادة الواحد عندهما لأن أخذ الكفيل لما جاز عندهما جاز أن يستوثق به فيستغنى عن الحبس . وقيل معنى كلامه أن في الحبس في الحدود والقصاص عنهما روايتين : في رواية يجبس ولا يكفل ، وفي رواية أخرى عكسه حصول الاستيثاق بأحدهما ، وفي دلالة كلامه على ذلك خفاء لاعالة . قال (والرهن والكفالة جائزان في الخراج الخ) أورد هذه المسئلة هاهنا دفعا لما عسى يتوهم أن أخذ الكفيل عن الخراج لا يصح لكونه في حكم الصلوات دون الديون المطلقة فإن صحة الكفالة تقتضى ديننا مطالبا به مطلقا والخراج كذلك ، ألا ترى أنه يجبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلازم من عليه لأجله فصحت الكفالة عنه . وإنما قيل مطلقا يعنى في الحياة والممات احترازا عن الزكاة فإنها يطالب بها ، أما في الأموال الظاهرة فالمطالب هو الإمام ، وأما في الباطنة فلا كلها لكونهم نواب الإمام ، والكفالة بها لا تجوز لأنها غير مطالب بها بعد الموت ، ولما كان الرهن توثيقا كالكفالة استعطف بذلك في باب الكفالة ، فقوله (لأنه دين مطالب به) إشارة إلى صحة الكفالة ، فإن كل دين صحيح تصح المطالبة به في الحياة ، والممات تصح الكفالة به بالاستقراء ولوجود ما شرع الكفالة لأجله فيه . وقوله (يمكن الاستيفاء) إشارة إلى صحة الرهن فإنها تعتمد إمكان الاستيفاء لكونه توثيقا يجنب الاستيفاء فيترتب موجب العقد في الرهن والكفالة عليه . قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش ولا بعد في قصده ذلك . قال (ومن أخذ من رجل كفيلا بنفسه الخ) تعدد الكفلاء عن شخص واحد صحيح كفلوا جملة أو على التعاقب لأن

(قوله وقيل معنى كلامه) أقول : لقتال هو الكاكي (قوله أورد هذه المسئلة هاهنا الخ) أقول : أنت غير بأنه لا يدل على وجه إيرادها في أثناء مسائل الكفالة بالنفس ، وعلى المهم بيانه ذلك إلا ، ولكن الظاهر أن المراد أن الكفالة بالنفس جائزة في الخراج وإن كان المفهوم من التشرح الكفالة بالخراج والأمر من (قال للمصنف : فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما) أقول : قال الإفتاء : الضمير في عليه راجع إلى الخراج ، وفي فيهما راجع إلى الكفالة والرهن انتهى . والأظهر أن ضمير عليه للعقد وضمير فيهما للكفالة والرهن بالخراج (قوله قيل في كلام المصنف لف ونشر مشوش) أقول : لقتال هو الإفتاء .

المطالبة وهي متمسدة والمقصود التوثق ، وبالثانية يزاد التوثق فلا يتناهيان (وأما الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به أو مجهولاً إذا كان ديناً صحيحاً مثل أن يقول تكفلت عنه بألف أو بما لك عليه أو بما يدركك في هذا البيع) لأن معنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة ، وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حجة ،

المطالبة (وجاز تعدد الماتزمين بها لزيادة التوثق . ثم إذا أسلم أحدهما نفس المكفول به لا يبرأ الآخر بالإجماع ، بخلاف الكفالة بالمال إن كفلاً معاً طوبى كل بما يخصه أو على التعاقب جازت مطالبة كل واحد بالكل . مثلاً : كفل ثلاثة معاً بألف لا يطالب أحدهم إلا بثلثها ، ولو كفلاً بها على التعاقب طوبى كل واحد بالألف ، وأيهم قضى سقطت عن الباقيين (قوله وأما الكفالة بالمال) هو عدل قوله أول الباب : الكفالة ضربان : كفالة بالنفس ، وكفالة بالمال من حيث المعنى ، فإن المادلة الصريحة لو قال أما الكفالة بالنفس وهو إنما قال فالكفالة بالنفس الخ ، والكفالة بالمال عندنا جائزة وإن كان المال المكفول به مجهول المقدار ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم . وقال في الجديد هو وابن أبي ليلى والليث وابن المنذر : لا تجوز بالمجهول لأنه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المباكات في مبادلة المال بالمال ، والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله أو رفع الضيق عن الحبيب فلا يبالى بما التزم في ذلك ، ويدل على ذلك إقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال ما كان عليه فعل ، فكان مبنياً على التوسع فتحملت فيها الجهالة . ومن آثار التوسع فيها جواز الكفالة بشرط اختيار عشرة أيام بخلاف البيع ، وما نوقض به من أنه لو قال أنا ضامن لك ببعض مالك على فلان فإنه لا يصح ممنوع بل يصح عندنا واختيار للضامن ويأزم أن يبين أى مقدار شاء (وعلى ضمان الدرك إجماع) وضمان الدرك أن يقول للمشترى أنا ضامن للثمن إن استحق المبيع أحد مع جواز أن يظهر استحقاق بعضه أو كله ، وقد نقل

موجب عقد الكفالة التزام المطالبة : أى أن يلزم الكفيل ضم ذمته إلى ذمة الأصيل في المطالبة بأن يكون مطلوباً بإحضار للمكفول عنه كما أنه مطلوب بالحضور بنفسه ، ولهذا قلنا : إن إبراء الكفيل لا يرتد برده لرجوعه إلى التزام من له الطلب على الطالب وهو خلف باطل ، والمقصود بشرع الكفالة التوثق وبالثانية يزاد التوثق ، وما يزداد به الشيء لا ينفيه البتة فكان المقتضى لجوازه موجوداً والمسانع منتفياً ، فالقول بامتناعه قول بلا دليل ، وإذا صححت الثانية لم يبرأ الأول لأننا إنما صححناها ليزداد التوثق ، فلو برئ الأول ما زاد إلا ما نقص فافرضناه زيادة لم يكن زيادة هذا خلاف باطل . وقال ابن أبي ليلى : يبرأ الكفيل الأول لأن التسليم لما وجب على الثاني فلو بقي واجباً على الأول كان واجباً في موضعين وهو بناء على أصله أن الكفيل إذا كفل بالدين برئ المطلوب فكذلك هاهنا . والجواب أن ذلك يخالف الحقيقة اللغوية والأصل موافقتها ويقضى إلى عدم التفرقة بين الكفالة والمحوالة فإن فيها يبرأ المحيل وذلك باطل ، ثم إذا أسلم أحد الكفيلين نفس الأصيل إلى الطالب برئ دون صاحبه . قال (وأما الكفالة بالمال فجائزة الخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال ، وهي جائزة سواء كان معلوماً كقوله تكفلت عنه بألف ، أو مجهولاً كقوله تكفلت عنه بمالك عليه أو بما يدركك في هذا البيع : يعنى من الضمان بعد أن كان ديناً صحيحاً ، لأن معنى الكفالة على التوسع فإنما تبرع ابتداءً فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة . وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) يفتح الرأى وسكونها وهو التبعة دليل على جوازها بالمجهول ، وفيه إشارة إلى نفي قول من يقول إن الضمان بالمجهول لا يصح لأنه التزام

(قوله لرجوعه إلى التزام من له الطلب الخ) أقوله : فيه تأمل .

وصار كما إذا كفل لشجرة صحت الكفالة وإن احتملت السراية والاقتصار ، وشرط أن يكون ديناً صحيحاً ومراعاة أن لا يكون بدل الكتابة ، وسيأتيك في موضعه إن شاء الله تعالى . قال (والمكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الأصل وإن شاء طالب كفيله) لأن الكفالة ضم الذمة إلى الذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنه ، إلا إذا شرط فيه البراءة فيجئنا فنعتقد حوالة اعتباراً للمعنى ، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر وله أن يطالبهما) لأن مقتضاه الضم ، بخلاف المالك إذا اختار تضمين

نفس الشافعي رضي الله عنه على جواز ضمان الدرك ، وأما الاستدلال بقوله تعالى - ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم - على أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بإنكار فيمكن أن يلحق أن حمل البعير كان مقدراً معيناً كما يتعارف في زماننا أن الحمل الصادر خميسة رطل فلا يتم الاستدلال به (وصار كما لو كفل بشجرة) أي خطأ ، فإن العمد على تقدير السراية يجب القصاص إذا كانت بآلة جارحة ولا كفالة بالقصاص ، وإذا كانت خطأ ففي الكفالة بها جهالة للمكفول به فلها إن سرت إلى النفس وجب دية النفس وإلا فأرش الشجرة ومع ذلك صح . وقدمنا أن المراد من الدين الصحيح ما لا يكون بدل الكتابة فإنه ليس بدين صحيح لأن العمد متمكن من إسقاط هذا الدين بنفسه بأن يعجز نفسه ولأنه للسيد على عبده ولأدين يثبت للسيد على عبده . وكذا يحرز به عن دين الزكاة فإنه دين حتى يمنع وجوب الزكاة ، لكنه ليس حقيقة الدين من كل وجه لما ذكرنا . والدرك التبعة وفيه فتح الرأى وسكوتها (ثم المكفول له بالخيار إن شاء طالب الذي عليه الدين وإن شاء طالب الكفيل) وهو قول أكثر أهل العلم . وعن مالك لا يطالب الكفيل إلا إذا تاملت مطالبة الأصل (وله مطالبة) جميعاً لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة وذلك يسوغ بمطالبة أيهما شاء ، إلا إذا شرط في الكفالة براءة الأصل فيجئنا لا يطالب الأصل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوز بها فيها فتجوز حينئذ أحكام الحوالة ، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصل فتعقد كفالة اعتباراً للمعنى فيهما (بخلاف المالك) المغموب منه (إذا اختار تضمين

مال فلا يصح مجهولاً كائناً في البيع . وقلنا الضمان بالدرك صحيح بالإجماع وهو ضمان بالمجهول ، وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجرة أي شجرة كانت إذا كانت خطأ فلها صحة وإن كانت بمجهول لاحتمال السراية والاقتصار . وإنما قيل خطأ لأنها كانت عمداً وقد سرت وكانت الشجرة بآلة جارحة فلها توجب القصاص والكفالة لا تصح . ولما مر ذلك في كلامه لم يمتنع إلى التقييد به (وشرط أن يكون المكفول به ديناً صحيحاً) وفسره بأن لا يكون بدل الكتابة لأنه ليس بدين صحيح ، إذ الدين الصحيح هو الذي له مطالب من جهة العباد حقاً لنفسه ، والمطلوب لا يقدر على إسقاطه من ذمته إلا بالإيفاء ، وبذلك الكتابة ليس كذلك لاقتدار المالك أن يسقط البذل بتعجيله نفسه . وقيل لأن المولى لا يجب له على عبده شيء فيطالبه به . قال (والمكفول له بالخيار الخ) المكفول له غير بين أن يطالب الذي عليه الأصل : أي الدين ويسمى الدين أصلاً لأن المطالبة مبنية عليه . فإن مطالبة الدين بغير دين غير متصور فكانت المطالبة فرعاً ، وهذا التخيير بناء على ما تقدم أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة وذلك يقتضي قيام الأول لا البراءة عنها إلا إذا شرطت البراءة فتصير حوالة اعتباراً للمعنى ، كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ المحيل تكون كفالة ، فعلى هذا له أن يطالبهما جميعاً جملة ومتعاقباً . بخلاف المالك إذا اختار أحد الغاصبين : أي الغاصب وغاصب الغاصب ، فإنه إذا اختار تضمين أحدهما لا يقدر على تضمين الآخر

(قوله ولما مر ذلك) أقول : فيه بحث (قوله وقيل لأن المولى الخ) أقول : فيه شيء ، ويتضح بقولنا فيما تأمل .

أحد الغاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التملك منه فلا يمكن التملك من الثاني، أما المطالبة بالکفالة لا تتضمن التملك فوضح الفرق. قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى أو ماذاب لك عليه فعلى أو ما غصبك فعلى. والأصل فيه قوله تعالى - ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم - والإجماع متعدي على صحة

أحد الغاصبين (يعني الغاصب وغاصب الغاصب إذا قضى القاضى عليه بذلك ليس له أن يضمّن الآخر. لأن اختياره) تضمين (أحدهما) أى إن قضى القاضى عليه (يتضمن التملك منه) فيبرأ الآخر بالضرورة، بخلاف المطالبة عن الكفالة لا تقتضى التملك ولو قضى عليه ما لم توجد حقيقة الاستيفاء (قوله ويجوز تعليق الكفالة بالشروط) مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلى وما ذاب لك عليه، أى ما وجب وثبت فعلى من ذوب الشحم، لأن المعنى إن بايعته فعلى ذلك البيع. وإن ذاب لك عليه شيء فعلى، وكذا ما غصبك فعلى، وإذا صحت فعليه ما يجب بالمبايعه الأولى. فلو بايعه مرة بعد مرة لا يلزمه ثمن المبايعه الثانية، ذكره في المبرد عن أبي حنيفة نصا. وفي نوادر أبي يوسف برواية ابن سباعه: يازمه كله، ولو رجع الكفيل عن هذا الضمان ونهاه عن المبايعه صح، حتى لو بايع بعد ذلك لم يلزم الكفيل شيء وقيد بقوله فلانا ليصير المكفول عنه معلوما فإن جهالة المكفول عنه تمنع صحة الكفالة كجهالة المكفول في الإضافة. ولو قال ما بايعت من الناس فعلى ضمانه فهو باطل لإشغاض الجهالة بجهالة المكفول عنه وبه، بخلاف أفراد جهالة المكفول به فإنها حيث قليلة تتحمل: والحاصل أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة مطلقا وبجهالة المكفول به لا تمنعها مطلقا وجهالة المكفول عنه في التعليق والإضافة تمنع صحة الكفالة، وفي التنجيز لا تمنع. مثال ذلك لو قال: ماذاب لك على أحد من الناس أو ما بايعت أحدا فهو فعلى لا تصح لجهالة المضمون عنه في الإضافة، وكذا لو قال ماذاب لأحد عليك فهو فعلى لا تصح لجهالة المكفول له. ولو قال ما غصبك فلان أو سرقك فعلى جاز لا ينقضهما، ومن المثل ما غصبك أهل هذه الدار فأنا له ضمان لا تصح الكفالة، كأنه قال: ما يجب لك على واحد من الناس فعلى. وفيه لا تصح لجهالة المكفول عنه، ومن بايع فلانا اليوم من بيع فعلى لا يلزم الكفيل شيء لجهالة المكفول له لأنه ضمن الواحد من الناس، بخلاف ما لو قال بضماعة حاضرين ما بايعتموه فعلى يصح فأبهم بايعه لزم الكفيل لأنه ضمن لمعينين، وحيث يجب كون أهل الدار في المسئلة التي قبلها ليسوا معينين معلومين عند المتخاطبين وإلا فلا فرق، ومنه ما لو قال لرجلين كفلت لهذا بماله

لأن اختياره أحدهما يتضمن التملك إذا قضى القاضى بذلك فلا يتمكن من التملك من الثاني. أما المطالبة بالکفالة فلا تتضمن التملك. قال (ويجوز تعليق الكفالة بالشروط الخ) يجوز تعليق الكفالة بشرط ملائم، مثل أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله إذا استحق البيع أو لم يكن الاستيفاء مثل أن يقول: إذا قدم زيد وهو المكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة أو إذا مات ولم يبلغ شيئا أو إذا حل مالك عليه ولم يوف به فعلى. ولا يجوز بشرط مجرد عن الملازمة كقوله إن هبت الرياح أو جاء المطر، وقيد بكون زيد مكفولا عنه لأنه إذا كان أجنبيا كان التعليق به كما في هبوب الرياح. واستدل بقوله تعالى - ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم - فإن نادى يوسف عليه السلام على الالتزام بالكفالة بسبب وجوب المال وهو المحمي بصواع الملك، وكان نداءه بأمر يوسف عليه السلام، وشرعة من قبلنا شرعة لنا إذا قصها الله وزمونه من غير إنكار. وفيه بحث من وجهين: أحدهما ما قال بعض الشافعية إن هذه الآية عمولة على بيان العمالة لمن يأتي به لالبيان الكفالة، فهو كقول من أتى عبده من جاء به فله عشرة فلا يكون كفالة لأن الكفالة إنما

ضمان الدرك ، ثم الأصل أنه يصبح تعليقها بشرط ملائم لها مثل أن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع ، أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم زيد وهو مكفول عنه ،

على فلان وهو ألف أو لهذا بماله عليه فهو باطل لجهالة المكفول له . ولو قال لرجل كفلت بمالك على فلان أو مالك على فلان ورجل آخر جازاً لأنها جهالة للمكفول عنه في غير تعليق ويكون الخيار للكفيل فيحتاج إلى فرقي فرق بين المكفول له . وعنه في التنجيز حيث يصبح مع جهالة المكفول عنه دون المكفول له . وفرق بين المكفول عنه في التنجيز والإضافة حيث يصبح في التنجيز دون الإضافة . أما الأول فما ذكر في الأخيرة أن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع والمكفول له كالبائع لأنه تملك ما في ذمة المكفول عنه من الكفيل فلا بد من التعيين ولا يصح بدون قبول المشتري وقبوله يستلزم تعيينه فكانت جهالة الطالب مانعة جوازها كجهالة المشتري مانعة للبيع ، والكفالة في حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعتاق حيث صح من غير قبوله وأمره فلا تمنع جهاته جوازها كما لا تمنع جهالة المتعق جواز العتق . وأما الفرق بين جهالة المكفول عنه في الإرسال والتعليق أن القياس بأبي جواز إضافة الكفالة لأنها تخليق في حق الطالب . وإنما جواز استحساناً للتعامل والتعامل فيها إذا كان المكفول عنه معلوماً فإذا كان مجهولاً بقي على القياس . وحاصل هذا أن للبطل هو الإضافة لاجهالة للمكفول عنه . إذا عرف هذا جئنا إلى مشكلة الكتاب ، فاستدل المصنف وأكثر الأصحاب بقوله تعالى : ولمن جاء به حل بغير وأنا به زعيم - ونقل عن أبي بكر البحصاص تضعيف الاستدلال به لجواز أن يكون لبيان العمالة لا الكفالة ، وكذا قال أصحاب الشافعي لأن هذا القائل ضامن عن نفسه وهذا حال المستأجر لأنه ضامن للأجرة عن نفسه بحكم الإجارة لا الكفالة ، وضمان العمالة على هذا الوجه جائز كمن أبقى عبده فقال من جاء به فله كذا . والدليل على أنه ليس من باب الكفالة بل هو من العمالة أن المكفول له في الآية مجهول ولا كفالة مع جهالته إلا في مشكلة واحدة متأني . وعامة المشايخ قالوا : الاستدلال به صحيح ، فإن الزعم حقيقة الكفيل ، والمؤذن إنما نادى العير عن غيره وهو الملك ، فإن المعنى الملك يقول لكم لمن جاء به حل بغير ، لأنه إنما نادى بأمره ثم كفل عن الملك بالحل المذكور لآخر نفسه ، إلا أن فيه جهالة المكفول له ، فقد اشتملت على أمرين : جواز الكفالة مع جهالة المكفول له ، وجوازها مضافة . وقد علم انتساخ الأول بدلالة الإجماع على منعها مع جهالة المكفول له وهو لا يستلزم نسخ الآخر كما قلنا بجواز الكفالة عن الميت المفلس وبطلانها مع جهالة المكفول له وغيته لحديث أبي قتادة في قصة الميت المدين بدينارين فقال على "ها على" ، فصل على الصلاة والسلام عليه فدل على جواز الأمرين : ثم قام الدليل على انتساخ أحدهما وهو جوازها مع غيبة المكفول له ولم يبق على الآخر وهو الكفالة عن الميت المفلس ، ولو لم يتم هذا كفى ما تقدم من المعنى فيها ومن الإجماع على صحة ضمان الدرك : ولما كان إضافة الكفالة على خلاف القياس لما ذكرنا من شبهه بالبائع إلى آخر ما تقدم اقتصر على ما يناسب مورد النص وهو أن يكون شرطاً ملائماً ، وملاحظة الشرط بأحد ثلاثة أمور : أحدها أن يكون سبباً للزوم الحق وهو الذي عبر عنه المصنف (بأن يكون شرطاً لوجوب الحق كقوله إذا استحق المبيع) فإن استحقاقه سبب لوجوب الثمن على البائع للمشتري ، ومن هذا القبول ما في الآية فإن الكفالة بالحل معلقة بسبب وجوبه وهو المحقق بصاح الملك فإنه سبب وجوب الحل . الثاني (أن يكون شرطاً لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو مكفول عنه) فإن قدومه سبب موصل للاستيفاء منه . الثالث (أن يكون

تكون إذا التزم عن غيره وهما قد التزم عن نفسه . والثاني أن الآية متروكة الظاهر لأنها تشتمل على جهالة المكفول له

أو كتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلدة ، وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه ، فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله إن هبت الريح أوجاء المطر وكذا إذا جعل واحد منهما أجلاً ، إلا أنه تصح الكفالة ويجب المال حالاً لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعناق .

سبباً لتعذر الاستيفاء مثل إن غاب عن البلد أو هرب أو مات ولم يدع شيئاً . ومن الصور المروية عن محمد رحمه الله تعالى ضمنت مالك على فلان إن توى وإن حل مالك عليه ولم يوافق به . وفي الخلاصة نقلاً عن الأصل قال للمودع إن أتلّف المودع وديعتك ، أو جعلتك فأنا ضامن لك صح ، وكذا إذا قال إن قتلت ابنك فلان خطأ فأنا ضامن للدية صح ، بخلاف إن أكلت سبع ونحوه مما ليس ملائماً كإن دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق (وكذا إذا جعل واحد منهما أجلاً) يعني من هبوب الريح ويجيء المطر كأن يقول كفلت به أو بمالك عاينه إلى أن تهب الريح أو إلى أن يجيء المطر لا يصح ، إلا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الأجل ، بخلاف ما لو علقها بهما نحو إذا هبت الريح فقد كفلت لك بمالك عليه فإن الكفالة باطلة أصلاً . ولو جعل الأجل الحصاد أو الدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل . فالخامس أن الشرط الغير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلاً مع الأجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الأجل لكن تعليل المصنف لهذا بقوله (لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعناق)

وهي تبطل الكفالة . والجواب عن الأول أن الزعم حقيقة في الكفالة والعمل بها مهما أمكن ويجب فكان معناه والله أعلم أن يقول المتأدي للغير : إن المالك يقول - لمن جاء به حل - بعير وأنا به زعيم - بذلك فيكون ضماناً عن المالك لأعن نفسه فتستحق حقيقة الكفالة . وعن الثاني بأن في الآية أمرين : ذكر الكفالة مع جهالة المكفول له ، وإضافتها إلى سبب الوجوب ، وعدم جواز أحدهما بليل لايستلزم عدم جواز الآخر . فإن قلت : ما الفرق بين جهالة المكفول به وجهالة المكفول عنه وجهالة المكفول له ، فإن الأولى لا تمنع الجواز أصلاً ، والثانية تمنعه إذا كانت الكفالة مضافة كقوله تكفلت بما باعت أحداً من الناس ، والثالثة تمنعه مطلقاً ؟ فالجواب أن الأولى منصوص على جوازها لأنه قال تعالى - حل بعير - وهو غير معلوم لأنه يختلف باختلاف البعير فلم تمنع مطلقاً ، والثانية إنما تمنعه لأجل الإضافة للجهالة فإن الكفالة المضافة إلى المستقبل يأبى القياس جوازها على ما يأتي ، وإلما جازت استحساناً للتعامل والتعامل فيها إذا كان المكفول منه معلوماً فالمجهول يابى أصل القياس ، والثالثة إنما تمنعه مطلقاً لأن الكفالة في حق الطالب بمنزلة البيع حتى لا تصح من غير قبول الطالب ، وفي حق المطلوب بمنزلة الطلاق والعناق حتى تصح من غير قبوله كما يصح الطلاق والعناق من غير قبول أصلاً . ولذا كان بمنزلة البيع في حق الطالب كانت جهالة الطالب مانعة جوازها كما أن جهالة المشتري مانعة من البيع بخلاف جانب المطلوب فإن جهالته لا تمنع كما أن جهالة الممتنع لا تمنع جواز العقد ، وهذا هو الموعد بقولنا على ما يأتي (قوله) وكذا إذا جعل كل واحد منهما أجلاً) أي كما لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ويجيء المطر كذلك لا يصح جعلهما أجلاً للكفالة

(قال المصنف : وما ذكر من الشروط في نفي ما ذكرناه) أقول : أي في معنى الذي ذكرناه ، وهو أن كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها (قال المصنف : فيما لا يصح التعليق بمجرد الشرط) أقول : ولا تصح الكفالة أيضاً هنا كما ذكره الشارحون (قوله) وجهالة المكفول له (قل) : كما إذا قيل من ضمت أنت وقتلت فأنا أكفل له عتقك (قوله هذا هو المورد) أقول : الإشارة إلى كون الكفالة فيما في حق الطالب ، فإنه إذا كانت الكفالة تملكاً في حقه وإضافة التملك إلى المستقبل لا تصح لم تصح إضافة الكفالة إلى المستقبل في القياس فليتأمل (قال المصنف : وكذا إذا جعل واحد منهما أجلاً) أقول : أي وكذا لا يصح التعليق على أن يكون المراد به التأجيل على طريقة الاستخدام (قال المصنف : لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط) أقول : أراد بالتعليق بالشرط التأجيل جازاً : أي بأجل متعارف .

(فإن قال تكفلت بما لك عليه فقامت أئينة بألف عليه ضمنه الكفيل) لأن الثابت بالئينة كالتأبث معاينة فيتحقق ما عليه فيصبح الضمان به (وإن لم يتم الأئينة)

يقضى أن في التعليق بغير الملائم تصح الكفالة حالة ، وإنما يبطل الشرط والمصرح به في المبسوط وفتاوى قاضيه خان أن الكفالة باطلة فمصححها على محمل لفظ تعليقها على معنى تأجيلها بجماع أن في كل منهما عدم ثبوت الحكم في الحال ، وقلد المصنف في هذا الاستعمال لفظ المبسوط فإنه ذكر التعليق وأراد التأجيل . هذا وظاهر شرح الإقتضائي المشي على ظاهر اللفظ ، فإنه قال فيه : الشرط إذا كان ملائماً جاز تعليق الكفالة به ، ومثل بقوله إذا استحق المبيع فأنا ضامن إلى أن قال : وإن كان بخلاف ذلك كهبوب الريح ومجيء المطر لا يصح التعليق ويبطل الشرط ولكن تنعقد الكفالة ويجب المال لأن كل ما جاز تعليقه بالشرط لا يفسد بالشرط الفاسدة أصالة الطلاق والعناق . وفي الخلاصة : كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلاً ، فإن لم يكن مشروطاً في الكفالة فالشرط باطل ، وإن كان مشروطاً فيها فالكفالة باطلة انتهى . وهذا يفيد أنها تبطل بالشرط الفاسدة إن كانت في صلبها (قوله فإن قال تكفلت بمالك عليه) هذا شروع في بيان خصوص وقت الوجوب على الكفيل ، وهذا على اختلاف الألفاظ التي تقع بها الكفالة ، فمن ذلك ما ذكر من قوله تكفلت بمالك عليه فلا يجب على الكفيل شيء إلا أن تقوم الأئينة بمقدار ألف أو غيرها (لأن الثابت بالئينة كالتأبث معاينة فيتحقق بها ما عليه) فوجب عليه (ولو لم يتم الأئينة)

وفي كلامه نظر من أوجه : الأول أن قوله لا يصح التعليق يقتضي نفي جواز التعاقب لا نفي جواز الكفالة مع أن الكفالة لا يجوز . الثاني أن قوله وكذا إذا جعل معطوف على قوله فأمّا لا يصح فيكون تقديره وكذا لا يصح إذا جعل ، ولا يضاف إما أن يكون فاعل يصح هو التعليق أو الكفالة إذا لم يذكر ثالثاً ، والأول لا يجوز إذ لا معنى لقوله وكذا لا يصح التعليق إذا جعل كل واحد منهما أجلاً . والثاني كذلك لقوله بعده إلا أنه تصح الكفالة . والثالث أن الدليل لا يطابق المدلول لأن المدلول بطلان الأجل مع صحة الكفالة والدليل صحة تعليقها بالشرط وعدم بطلانها بالشرط الفاسدة ، ومع ذلك فليس بمستقيم لأنها تبطل بالشرط المحض وهو أول المسئلة . ويمكن أن يجاب عن الأول بأن محاصل الكلام نفي جواز الكفالة المعلقة بهما والجموع يقتضي بانتفاء جزئه . لا يقال : نفي الكفالة الموجبة كنفى المعلقة ولا تنفي الكفالة بانتفاء الأجل لأن الإيجاب المعلق نوع ، إذ التعليق يخرج العلة عن العلية كما عرف في موضعه والأجل عارض بعد العقد فلا يلزم من انتفائه إنتفاء معروضه ، وقد تقدم في الصرف ما يقاربه إن كان على ذكر منك . وعن الثاني بأن فاعل يصح المقدر هو الأجل ، وتقديره : وكما لا يصح التعليق لا يصح الأجل إذا جعل كل واحد منهما أجلاً . وعن الثالث بأن المراد بالتعاقب بالشرط الأجل مجازاً بقرينة قوله (ويجب المال محلاً) وتقديره لأن الكفالة لما صبح تأجيلها بأجل متعارف لم تبطل بالأجل الفاسدة كالطلاق والعناق ، ويجوز الحياز عدم الثبوت في الحال في كل واحد منهما (فإن قال تكفلت بمالك عليه فقامت الأئينة بألف ضمنه الكفيل لأن الثابت بالئينة كالتأبث معاينة) ولو عاين ما عليه وكفل عنه لزمه ما عليه فكذلك إذا ثبت بالئينة فصيح الضمان به (وإن لم يتم الأئينة)

(قوله فاعل يصح هو التعليق) أقول : يجوز أن يقال فاعله ضمير التعليق مراد به التأجيل على طريقة الاستعمال .

فالقول قول الكفيل مع يمينته في مقدار ما يعترف به) لأنه منكر للزيادة (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله) لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه (ويصدق في حق نفسه) لولايته عليها .

فالقول قول الكفيل في مقدار ما على المكفول عنه) مع يمينته (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ، ويصدق) المكفول عنه (في حق نفسه) بما أقر به على نفسه (لولايته عليها) بخلاف قوله ما ذاب لك على فلان فهو على "أوما ثبت فأقر" المطلوب بمال لزم الكفيل لأن الثبوت حصل بقوله وكذلك ذاب فإنه بمعنى حصل وقد حصل بإقراره ، بخلاف الكفالة بما لك عليه فلانها بالدين القائم في الحال وما ذاب ونحوه الكفالة بما سيجب ، والوجوب يثبت بإقراره ، بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم إلا أن يقضى القاضي ومثل مالك ما أقر لك به أمس ، فلو قال المطلوب أقررت له بألف أمس لم يلزم الكفيل لأنه قبل مالا واجبا عليه لا مالا يجب عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب عليه ، فإن قال ما أقر به فأقر في الحال يلزمه ، ولو قامت بينة أنه أقر له قبل الكفالة بالمال لم يلزمه لأنه لم يقل ما كان أقر لك ، ولو أقر المطلوب الميمن فأقره القاضي لم يلزم الكفيل لأن النكول ليس بإقرار بل ببل . وفي الخلاصة : رجل قال ما أقر فلان به فهو على فأت الكفيل ثم أقر فلان فالمال لازم في تركه الضامن ، وكذا ضمان اللزك . وفيها : رجل قال لآخر بايع فلانا فبايعته من شيء فهو على "صبح ، فإن قال الطالب بعت متاعا بألف وقبضه مني وأقر به المطلوب وبجهد الكفيل يؤولد الكفيل به استحسانا بلا بينة ، ولو بجهد الكفيل والمكفول عنه البيع وأقام الطالب البينة على أحدهما أنه باعه وسلمه لزمهما ، ولو قال إن لم يعطك فلان مالك عليه فأنا ضامن بذلك لاسيما فيه عليه حتى يتقاضاه فيقول لا أعطيك ، ولو مات المطلوب قبل أن يتقاضاه لزم الضامن أيضا ، ولو لم يمت لكنه قال أنا أعطيتك إن أعطاه مكانه أو ذهب إلى السوق فأعطاه أو قال أذهب إلى المنزل حتى أعطيك مالك فأعطاه فهو جائز ، فإن قال ذلك ولم يعطه من يومه لزم الكفيل ، ولو قال إن تقاضيت فلانا مالك عليه ولم يعطك فأنا مالك عليه ضامن فأت المطلوب قبل أن يتقاضاه بطل الضمان ، ولو قال إن عجز غريمك عن الأداء فهو على "فالمعجز يظهر بالحسب إن حبسه ولم يؤد لزم الكفيل : وفي فتاوى النسق : رجل كفل لرجل عن رجل بمال على أن يكفل عنه فلان بكذا من المال فلم يكفل فلان فالكفالة لازمة وليس له خيار في ترك الكفالة . وفي مجموع التوازل : جماعة طمع الولي أن يأخذ منهم شيئا بغير حق فاختفى بعضهم وظفر الولي ببعضهم فقال المقتضون الذين وجدهم الولي لا نطعمهم علينا وما أصابكم فهو علينا بالخصص ، فلما أخذ الولي منهم شيئا فلهم الرجوع ، قال : هذا مستقيم على قول من يقول

فالقول قول الكفيل مع يمينته في مقدار ما يعترف به لأنه منكر للزيادة) وإنما كان القول قوله لأنه مال مجهول لزمه بقوله فصار كما إذا أقر بشيء مجهول ، وإنما كان مع يمينته لأن من جعل القول قوله فيما كان هو شخصا فيه الشيء مما يصح بدله كان القول قوله مع يمينته كاللذني عليه بالمال ، وإليه أشار بقوله لأنه منكر للزيادة (فإن اعترف المكفول عنه بأكثر مما أقر به لم يصدق على كفيله لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في حق نفسه لولايته عليها) كالمرض إذا أقر في مرض الموت يصح إقراره في حق نفسه ولا يصح في حق غروما

(قال المصنف : لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه) أقول : قال القزلي : بخلاف إذا قال ما ذاب لك على فلان فأت فلان على نفسه بألف فأذكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا ، والقياس لا يلزمه شيء لما بينا . وجه الاستحسان أنه تكفل بما يستحب له عليه فيشترط الرجوع عليه فيما يتلقى بأي طريق كان في سبلة الكتاب تكفل بما عليه في الحال ، فإذا أقر الطالب أو المطلوب ما عليه كان منهما فلا يصدق ما لم يتم البينة له . وفيه بحث .

قال (ونجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره) لإطلاق ما رويناه لأنه التزام المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطالب بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضى به (فإن كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لأنه قضى دينه بأمره

يجوز ضمان الجناية ، وعلى قول عامة المشايخ لا يصح . ولو كفل بما له على أن يعطيه من وديعة المكفول عنه التي عنده جاز إذا أمره بذلك وليس له أن يسترد الوديعة منه ، فإن هلكت برئ الكفيل والقول قول الكفيل أنها هلكت ، فلو غصبها رب الوديعة أو غيره أو استهلكها برئ الكفيل والحالة على هذا ، ولو ضمن بألف على أن يعطيه إياه من ثمن هذه الدار فلم يبعها لم يكن على الكفيل ضمان ولا يلزمه بيع الدار (قوله ونجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما رويناه) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » فإنه أعم من كونه بإذن وبلا إذن (ولأنه) أى عقد الكفالة (التزام المطالبة وهو) أى هذا الالتزام (تصرف في حق نفسه وفيه نفع للطالب بلا ضرر على المطالب) لأن ضرره (بثبوت الرجوع) ولا رجوع عليه (لأنه) أى الرجوع (عند أمره) عند أمره يكون (قد رضى به ، فإن كفل بأمره رجع بما أدى لأنه قضى دينه بأمره) مقيد بأمرين : أحدهما أن يكون المطلوب ممن يصح منه الأمر ، فلو كان صبياً أو مجبوراً وأمر من يكفل فلا رجوع له عليه ، ولو كان عبداً مجبوراً فإنما يرجع عليه بعد عتقه ، فلو كان الصبي مأذوناً صبح أمره ويرجع الكفيل عليه لصحة أمره بسبب الإذن . ثانيهما أن يشتمل كلامه على لفظة حتى كأن يقول اكفل عني اضمن عني لفلان أو على قوله وأنا ضامن ونحوه ، فأقول اضمن الألف التي لفلان على " لم يرجع عليه عند الأداء لأن الكائن مجرد الأمر بالضامن والإعطاء فجاز أن يكون القصد ليرجع وأن يكون القصد لطلب تبرعه بذلك فلم يلزم المال ، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد بدليل ما في إشارات الأسرار : إذا قال لرجل اضمن لفلان ألف درهم أو اقضه ألف درهم ففعل لم يرجع على الأمر إلا

ديون الصحة حيث يقدهون على المال في حالة المرض . قال (ونجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره الخ) الكفالة بأمر المكفول عنه وهو أن يقول اضمن عني أو تكفل عني وبغير أمره سيان في الجواز ، لأن الدليل الدال على جوازها وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » وأمثاله لا يفصل بين كونها بأمره أو بغيره ، ولأن الكفالة التزام أن يطالب بما على الغير ، وذلك تصرف في حق نفسه ، وكل ما هو تصرف في النفس فهو لازم إذا لم يتضرر به غيره ، وغير المتصرف هنا هو الطالب والمطالب فقط والطالب غير متضرر بل متفنع لا محالة ، والمطلوب إن تضرر فلما يتضرر بالرجوع عليه ، وذلك لا يكون إلا عند الأمر . فإما لم يضر ، وإن أمر فقد رضى ، والضرر المرضي غير ضائر فثبت أن الكفالة بنوعها مما يقتضيها مقتضى مع انتفاء المانع وكل ما هو كذلك فالقول بجوازه واجب . ثم إن كفل بأمره رجع بما أدى عليه لأنه قضى دين غيره بأمره . ومن قضى دين غيره بأمره يرجع عليه ، ولا ينتقض بما إذا كان المكفول عنه صبياً مجبوراً عليه أو عبداً كذلك وأمر الكفيل فإنه إذا أدى لا يرجع على الصبي أصلاً ولا على العبد مادام رقيقاً ، لأن المراد بالأمر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك ، ولا بما إذا قال لغيره أد عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين ففعل فقد أدت دين غيره بأمره ولا يرجع عليه ما لم يقل الآمر على أتى ضامن ، لأن المراد بالدين هو الدين الصحيح وما ذكرتم ليس كذلك على ما تقدم ،

(قال المصنف : لأنه قضى دينه بأمره) أقول : المراد أمره للمعهود (قوله لأن المراد بالأمر ما هو معتبر شرعاً وما ذكرتم ليس كذلك) أقول فيه تأمل ، فإنه لو لم يكن معتبراً لم يرجع على العبد بعد ما عتق ، ثم قوله لأن المراد جواب لقوله ولا ينتقض للخ (قوله لأن المراد بالدين هو الدين الصحيح) أقول : جواب لقوله ولا بما إذا قال لغيره الخ .

(وإن كفل بغير أمره لم يرجع بما يؤديه) لأنه متبرع بأدائه ، وقوله رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه ، أما إذا أدى خلافه رجع بما ضمن

إذا كان خليطاً أو شريكاً . وقال أبو يوسف : يرجع لأنه وجد القضاء بناء على الأمر فلا بد من اعتبار الأمر فيه ، وأن يكون كذلك إلا إذا كان قضاء من جهة الذي أمر فصار كما لو قال اقض عني ويتضمن ذلك استقراضاً منه ، ومتى قلنا لا يقع عن الذي أمر لغا الأمر لأنه يصير قاضياً عن نفسه فيصير وجود الأمر وعلمه سواء . أما الخليط فيرجع فيه بالإجماع ، والخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته والأخذ منه ووضع اللراهم عنده والاستعجار منه . وأورد مطالبة بالفرق بين الأمر في الكفالة وبين ما إذا قال أد عني زكاة مالي أو أطعم عني عشرة مساكين فأدى عنه لا يرجع على الأمر مالم يشرط الضمان فيقول على أني ضامن فلم يكتف بمجرد الأمر في الرجوع وإن ذكر فيه لفظة عني بل حتى يشرط الضمان وفي الكفالة اكتفى به . وأجاب في اللخيرة ومبسوط شيخ الإسلام بأن الأمر طلب التملك من المأمور في الفصول كلها لأنه أمره أن يؤدي عنه ويقضى عنه وأن يكون قاضياً عنه إلا بعد أن يصير المقضى به ملكاً للأمير ، إلا أن الملك للأمير إنما يثبت في ضمن ملك القابض فيثبت على وقفه ، ففي ثبت للقابض ملك مضمون بالمثل يثبت الأمر مثل ذلك وإلا فلا . وفي قضاء الدين إنما يثبت للقابض ملك مضمون بالمثل لأنه إنما تملكه بالمثل وهو الدين السابق له ، حتى أو ظهر أن لادين . عليه يسترد منه المقبوض فيثبت للأمر ملك مضمون بالمثل ، وليس ذلك إلا القرض . وفي باب الزكاة والكفارة يثبت للقابض ملك غير مضمون بالمثل ، حتى أو ظهر أن لا زكاة عليه لا يسترد ، من الفقير ما قبض فيثبت للأمر ملك مثل ذلك فلا ضمان عليه إلا بالشرط . والحاصل أن الأمر في الكفالة تضمن طلب القرض إذا ذكر لفظة عني ، وفي قضاء الزكاة والكفارة طلب آتاه ؛ ولو ذكر لفظة عني لما ذكرنا أن الملك إنما يثبت للمكفول عنه على الوجه الذي ثبت للقابض . وقوله (وإن كفل بغير أمره لم يرجع) هو قول الشافعي ورواية عن أحمد ، وقول مالك ورواية عن أحمد يرجع كالوكيل بأمره لأن الطالب بالاستيفاء منه كالمملك لما على المطلوب من الكفيل أو كالمقيم له مقام نفسه في استيفاء المال من الأصيل . وقلنا : تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ، وحيث تساهلنا في شيء من ذلك فإنما معناه التشبيه : أي هو كالمملك ، وفي الكفالة بالأمر يجب المال للكفيل على الأصيل حكماً للكفالة كما يجب للطالب بها على الكفيل لكن يتأخر إلى أدائه ، وهذا لا يكون في كفالة بلا أمره (لأنه متبرع) ولا يمكن إثبات المال في ذمة المطلوب بلا رضاه ولذلك لا يرجع . وقوله (رجع بما أدى معناه إذا أدى ما ضمنه) أما إذا أدى خلافه (فزاعاً) يرجع بما ضمن (حتى لو كان الدين زيوفاً : فأدى عنها جياداً فإنما يرجع بالزيوف أو كان الدين جياداً فأدى عنها

وإن كفل بغير أمره لم يرجع لأنه متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع . وقال مالك : الكفيل إذا أدى رجع سواء كفل بأمره أو بغير أمره ، لأن الطالب بالاستيفاء ملك المال من الكفيل أو أقامه مقام نفسه في استيفاء المال من الأصيل ، وبالجواب أن تملك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ، وإذا كفل بأمره فينبض الكفالة : كما يجب المال للطالب على الكفيل يجب للكفيل على الأصيل ولكنه يؤخر إلى أدائه ، وهذا لا يكون عند كفالة بغير أمره (قوله رجع بما أدى) اعلم أن الكفيل يملك المكفول به في فصول : منها الأداء إلى صاحب الدين ، ومنها بهته إياه ، ومنها إرثه له ، ومنها صلحه إياه على جنس آخر . فأما الفصل الأول فعلى نوعين : أحدهما أن يكون أدى ما ضمن

(قوله كما يجب المال للطالب على الكفيل) أقول : فيه شيء ، فإنه لادين على الكفيل في الأصح .

لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب ، كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث ، وكما إذا ملكه المحتال عليه

زيوفا وتميوز الطالب بها فيرجع بالحياد ، بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى ، فلو كان الدين جيبادا فأدى زيوفا يرجع بالزيوف ، ولو كان زيوفا فأدى جيبادا يرجع بالزيوف أيضا لأن رجوعه بحكم الأمر ، ولم تدخل صفة الجوده قبل إذا كان الدين زيوفا تحت الأمر . أما الكفيل فلما يرجع بحكم الكفالة ، وحكمها أنه يملك الدين بالأداء فيصير كالطالب نفسه فيرجع بنفس الدين فصار كما إذا ملك الكفيل الدين بالإرث بأن مات الطالب والكفيل وارثه فإن ماله عينه ، وكذا إذا وهب الطالب الدين للكفيل أو تصدق به عليه فإنه يملكه ويطالب به للمكفول بعينه . فإن قيل : ينبغي أن لا تصح هبة الدين من الكفيل لأن هبة الدين إنما تصح ممن عليه الدين وليس الدين على الكفيل على المختار ، وهذه المسئلة استدل من قال إن الكفالة ضم في الدين . أجيب بأن هبة الدين من غير من عليه الدين إنما لا تموز إذا لم يأذن للغير في قبضه ، فأما إذا وهب الدين من آخر وأذن له في قبضه جاز استصحابا ، وهنا لما أدى الدين فقد سلطه الطالب على قبضه من المطلوب كذا قيل : والوجه أن يقال بعقد الكفالة سلطه على قبضه عند الأداء ، وإنما اخترنا هذه العبارة لأن قبض الطالب من الكفيل سقطت ولايته عن الدين الذي على المطلوب إذ صار ملكا له شرعا جبرا من غير اختيار من الطالب فلا يملك التسليط على ما ليس في ملكه . والأوجه إما اعتبار الدين في ذمة الكفيل كما هو في ذمة الأصل ويسقط عنهما بأداء أحدهما كما هو أحد القولين ، أو اعتباره كذلك عند الهبة تصحيحا للتصرف ، وإذا وهب الكفيل الدين لآخر من قبوله ، بخلاف ما إذا أبراه لأن الواجب عليه المطالبة بالإبراء تسقط فلا يحتاج إلى القبول ولا يرتد بالرد . وقوله (وكما إذا ملك المحتال عليه الدين) بالأداء إلى المحتال بأن أحال المدين رجلا على رجل ليس له عليه دين فعلى الحالة وأدى فإنه يملك الدين

وفيه الرجوع بما أدى لأنه أدى مثل ما ضمن . والثاني أن يقول أدى خلاف ما ضمن كما إذا أدى زيوفا بذلك ما ضمن من الحياد ويموز له ذلك أو بالعكس من ذلك ، وفيه الرجوع بما ضمن لا بما أدى . قال المصنف (لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب) والطالب لم يكن له أن يطالبه إلا بما في ذمته فكذلك من نزل منزله ، وقاس ذلك على فصل الهبة وهو أن يهب المكفول له الدين الذي في ذمة المكفول عنه للكفيل فإن الكفيل يملكه ويرجع على الأصل بما ضمن ، وعلى فصل الميراث وهو أن يموت المكفول له ويرثه الكفيل فإنه يملك الدين ويرجع بما ضمن لقيامه مقام الطالب . وفي بحث من وجهين : أحدهما أن هبة الدين للكفيل تمليك الدين من غير من عليه الدين إذ الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة لافي الدين . والثاني أن الهبة والميراث المملوك واحد لا تعدد فيه وهو ما ضمن ، وأما في الأداء بخلاف ما ضمن فقد تعدد الأمر ولا يلزم من الرجوع بما ضمن فيما تعين الرجوع به فيما تعدد : أعنى ما أدى وما ضمن . والجواب عن الأول بوجهين : أحدهما أن تمليك الدين من غير من عليه الدين يضح استصحابا إذا وهبه وأذن له في القبض قبضه ، وهذا لأن ذلك إنما لا يصح لأنه تمليك ما لا يقدر على تسليمه . وإذا أذن له بالقبض صار كأنه أخرجه من الكفالة ووكله بالقبض قبضه ثم وهبه إياه ، وحينئذ يكون تمليك الدين ممن عليه الدين وهو جائز . والثاني أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة إذا لم يكن هناك ضرورة ، وأما إذا كانت فيجوز أن يجعل في الدين وما هنا قد وجدت الضرورة لأن الهبة موضوعه للملك وعن ضرورة ذلك أن يجعل الدين في ذمة الكفيل حتى يملك ما عليه لا ما على غيره وأمكن ذلك لأن له ولاية نقل الدين إليه بإحالة الدين عليه فأمكن أن يجعل ذلك مقتضى تصرفهما ، وهذا يرشدك إلى الفرق بين إبراء الدين وهبته له في أن الإبراء لا يرتد بالرد والهبة ترتد به ، فإن الإبراء إسقاط بحض كالطلاق يكتفي مؤثرته بوجوب المطالبة وذلك موجود

بما ذكرنا في الحوالة ، بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى لأنه لم يجب عليه شيء حتى يملك الدين بالأداء . وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف على خمسة لأنه إسقاط فصار كما إذا أبرأ الكفيل . قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه) لأنه لا يملكه قبل الأداء ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأنه انعقد بينهما مبادلة حكيمة .

الذي على المحيل فيرجع به لا بما أدى ، حتى لو أدى عروضا أو دراهم عن الدين لا يرجع إلا بالدين كالكفيل ، وكذا لو وهب المحتال الدين للمحال عليه أو تصدق به عليه أو ورثه المحتال عليه من المحتال . وقوله (كما ذكرنا في الحوالة) أي حوالة كفاية المنتهى (بخلاف المأمور بأداء الدين فإنه يرجع بما أدى لأنه لم يملك الدين بالأداء) فإنما يرجع بما أدى كما ذكرناه قريبا (وبخلاف ما إذا صالح الكفيل الطالب عن الألف) المكفول بها (على خمسة) حيث يرجع بما أدى وهو الخمسة لا بما ضمن وهو الألف (لأنه إسقاط) أو هو إبراء عن بعض الدين فيسقط البعض ولا ينتقل إلى الكفيل . وقوله (فصار كما لو أبرأ الكفيل) يعني عن خمسة وأخذ منه خمسة لا يرجع الكفيل على المكفول عنه إلا بخمسة ، فذلك إذا صالح على خمسة عن الألف لا يرجع إلا بخمسة ، أو المعنى إذا أبرأ الكفيل عن كل الدين لا يرجع بشيء فذلك عن بعضه لا يرجع بخلاف ذلك البعض اعتبارا للبعض بالكل (قوله وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال قبل أن يؤدي عنه : لأنه) أي الكفيل (لا يملكه قبل الأداء ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث) له أن (يرجع) على الموكل بالثمن (قبل أن يؤديه لأنه انعقد بينهما مبادلة حكيمة)

فلا يرتد بالرد ، والمدة لما كانت تمليكا اقتضت ملكا مقبور التسليم وذلك في غير من عليه الدين غير متصور فست الحاجة إلى نقل الدين ليصبح التمليك والتمليك يرتد بالرد ، فكان لو وهب الدين من الأصيل صبح الرد فكذا من الكفيل . وعن الثاني بأن التشبيه إنما هو في نزول الكفيل منزلة الطالب وذلك موجود في الجميع ثم إذا نزل منزله والطالب ليس له أن يطلب إلا ما ضمن له فكذا من نزل منزله وقاس ذلك على صورة الحوالة وهو أن يحيل الدينونه طالبه على رجل ليس له عليه دين وأدى المحال عليه ذلك ، بخلاف ما ضمن فإن المحال عليه يرجع على المحيل بما ضمن لا بما أدى لأنه ملك الدين بالأداء فنزل منزلة الطالب (قوله بما ذكرنا في الحوالة) قيل يريد به حوالة كفاية المنتهى (قوله بخلاف المأمور بقضاء الدين) جواب دخل ، تقريره : الكفيل لا يرجع إلا إذا أدى بأمر المكفول عنه ، وحينئذ لا فرق بينه وبين المأمور بقضاء الدين والمأمور يرجع بما أدى فذلك الكفيل ، وتوجيهه أن يقال المأمور بقضاء الدين لم يجب له على الأمر شيء حيث يلزم بالكفالة فلا يملك الدين بالأداء حتى ينزل منزلة الطالب فيرجع بما ضمن ، وإنما الرجوع بحكم الأمر بالأداء فلا بد من اعتبارهما ، فلو أدى الزبوف على الجهاد ويحوز له ذلك رجع بها دون الجهاد لأن أداء المأمور به لم يوجد ، وإن عكس فذلك لأن الأمر لم يوجد في حق الزيادة فكان متبرعا بها ، وعلى هذا فقله رجع بما أدى بإطلاقه فيه تسامح ، وأما إذا صالح الكفيل رب الدين فهو على نوعين : أحدهما أن يصالحه على أقل من الدين كما إذا صالح عن الألف على خمسة وفيه يرجع بما أدى لا بما ضمن لأنه إسقاط فكان إبراء فيما وراء بدل الصلح وفيه لا يرجع الكفيل على المكفول عنه على ما ذكره . والثاني أن يصالحه على جنس لآخر وفيه يملك الدين فيرجع بما ضمن وسيأتي . قال (وليس للكفيل أن يطالب المكفول عنه بالمال) الكفيل بالمال ليس له أن يطالب المكفول به عنه قبل أن يؤدي عنه لأن الموجب للمطالبة هو التمليك وهو

(قوله فلا بد من اعتبارهما) أقول : فيه قائل .

قال (فإن لزوم بالمال كان له أن يلزم المكفول عنه حتى يخلصه) وكذا إذا حبس كان له أن يحميه لأنه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله) وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه برئ الكفيل (لأن براة الأصل توجب براة الكفيل لأن الدين عليه في الصحيح

فإن الموكل لا يستفيد الملك إلا من قبل الوكيل فكان الوكيل كالبائع ولذا كان له حبس المشتري قبل قبض الثمن وللبائع المطالبة بالثمن قبل تسليم المبيع فكذا الوكيل (فإن لزوم) الكفيل (بالمال فله أن يلزم المكفول عنه) إذا كانت الكفالة توجب الرجوع (حتى يخلصه ، وكذا إذا حبس كان له أن يحميه) خلافا للشافعي في الأظهر قال لأنه لا دين له عليه إذ الدين لا ينتقل إليه إلا بالأداء ولم يؤد بعد. وقلنا: ملازمته وحبه معه كما جاز أن يكون للدين جاز أن يكون لأنه الذي أدخله في ذلك فعليه خلاصه وإلا فيعامله بمثل معاملة به (قوله وإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى منه حقه برئ الكفيل لأن براة الأصل توجب براة الكفيل) بالإجماع (لأن الدين عليه) أى على الأصل (في الصحيح) خلافا من ذكر أن الدين في ذمة الكفيل كذا قيل ، وليس لهذا الخلاف أثر هنا بل القائل إن الدين في ذمة الكفيل والقائل بأنه ليس إلا في ذمة الأصل قائل بأن براة الأصل توجب براة الكفيل لأن ضمان الكفيل بشرط بقاء ضمان الأصل . وبشرط قبول الأصل أو موته قبل القبول والرد فإن ذلك يقوم مقام القبول ، ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله . واختلف المشايخ أن الدين هل يعود إلى الكفيل أم لا ؟ فيعصمهم يعود وبعضهم لا ، بخلاف الكفيل فإنه إذا أبرأ صاحبه قبل أول يقبل ولا يرجع على الأصل لما ذكرنا قريبا ، ولو كان إبراء الأصل أو هبته أو التصديق عليه بعد موته ؛ فعند أبي يوسف القبول والرد للورثة ، فإن قبلوا صاحبه ، وإن ردوا ارتد ،

لا يملكه قبل الأداء فاتفق الموجب ، بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الأداء لأن الموجب قد وجد في حقه حيث انعقد بينهما ؛ أى بين الموكل والوكيل مبادلة حكمية ، ولهذا وجب التحالف إذا اختلفا في مقدار الثمن ، والوكيل ولاية حبس المشتري عن الموكل لأجل الثمن كالبائع ، والمبادلة توجب الملك الموجب لجواز المطالبة . قال (فإن لزوم بالمال الخ) إذا لزوم الكفيل له أن يلزم المكفول عنه إذا لم يكن للمكفول عنه مثل الدين في ذمة الكفيل لأنه هو الذي أوقفه في هذه الورطة فعليه خلاصه ، وكذا إذا حبسه كان له أن يحميه إذا كانت الكفالة بأمره . وقال الشافعي رحمه الله : ليس له ذلك لأنه لا يتعلق له حق على الأصل قبل الأداء . وقلنا هو مورط فعليه التخلص ، فإذا أبرأ الطالب المكفول عنه أو استوفى دينه برئ الكفيل لأنه أبرأ الأصل ، وإبراء الأصل يستأزم إبراء الكفيل لأن المطالبة بوجود الدين وقد سقط بالإبراء فلم تبق المطالبة على الأصل وهو ظاهر ؛ ولا على الكفيل لأن الدين لم يكن عليه في الصحيح ولم يكن عليه إلا المطالبة وقد انتهت بانتهاء علها . وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ بوجوب أصل الدين في ذمة الكفيل أيضا على ما تقدم ، ولا يتوهم أن على ذلك القول براة الأصل لا توجب براة الكفيل ، فإن ذلك بالإجماع . ويعمل بأن الكفالة لا تكون إلا فيما هو مضمون على الأصل ، وقد سقط الضمان عن الأصل بالأداء أو الإبراء فيسقط عن الكفيل أيضا لأن وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوبه على الأصل ولم يبق ذلك فلا يبقى هذا . فإن قيل : قولهم براة الأصل توجب براة الكفيل مقوض بما إذا شرط براة الأصل في ابتداء الكفالة فإن براة الأصل فيه موجودة ولم توجب براة الكفيل . قلنا : لا نقض في ذلك ، فإننا قلنا إن براة الأصل توجب براة الكفيل ، وإذا شرط براة الأصل في ابتداء الكفالة لم يبق هناك كفيل ، بل الباقي إذ ذاك محال عليه ، ولم نقل بأن براة الأصل توجب براة المحال عليه

(وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصل عنه) لأنه تبع ، ولأن عليه المطالبة وبقاء الدين على الأصل بدونه جائز (وكذا إذا أخر الطالب عن الأصل فهو تأخير عن الكفيل ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأثيراً عن الذى عليه الأصل) لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد ، بخلاف ما إذا كفّل بالمال الحال - موجلاً إلى شهر فإنه يتأجل عن الأصل لأنه لاحق له إلا الدين حال وجود الكفالة فصار الأجل داخل فيه ، أما هاهنا فيخلافه :

وقال محمد : لا يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات وهذا يختص بالإبراء (وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لأن عليه) أى على الكفيل (المطالبة) دون الدين (وبقاء الدين بدونه) أى بدون المطالبة على تأويل الطلب (جائز) فلم يلزم من عدم المطالبة عدم الدين على الأصل فلا يبرأ الأصل بإبرائه (وكذا إذا أخر عن الأصل فهو) تأخير عن كفيله ، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأثيراً عن الأصل لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد فإن قيل : الإبراء المؤبد لا يرتد برد الكفيل والموقت يرتد برده ويرد الأصل يرتدان كلاهما . والجواب أن الفرق بينهما في حكم لا يستلزم الفرق بينهما في كل حكم ، وسبب الافتراق في ذلك الحكم وهو الارتداد بالرد وعليه ما ذكر في الذخيرة أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل ليس فيه تعاملك بمال لما ذكرنا أن الواجب بالكفالة مجرد المطالبة والإسقاط المحض لا يمتثل الرد لتلاشى الساقط كإسقاط الخيار ، وأما الإبراء المؤقت فهو تأخير مطالبة . وليس بإسقاط ، ألا ترى أن المطالبة تعود بعد الأجل والتأخير قابل للإبطال بخلاف الإسقاط المحض ، فإذا عرف هذا فالتم يقبل الكفيل التأخير أو الأصل فالتم حال بطلان به للحال ، وهذا (بخلاف ما لو كفّل بالمال) أى بالدين (الحال - موجلاً إلى شهر) مثلاً (فإنه يتأجل عن الأصل) إلى شهر (لأنه) أى المكفول له (لاحق له) حال الكفالة إلا في الدين (فليس إذ ذاك حتى يقبل التأجيل سواء (فكان الأجل) الذى يشترطه الكفيل (داخل فيه) فيالضرورة يتأجل عن الأصل (أما هاهنا) وهو ما إذا كانت الكفالة ثابتة قبل التأجيل (فيخلافه) لأنها تقرر

(وإن أبرأ الطالب الكفيل لم يبرأ الأصل) لأن على الكفيل المطالبة دون أصل الدين ، وسقوط المطالبة عنه لا يوجب سقوط أصل الدين لأن بقاء الدين على الأصل بدون الطلب أو بدون الكفيل جائز ، ألا ترى أنه لو مات الكفيل مسقط الدين عن الأصل (وإن أخر الطالب عن الأصل فهو تأخير عن كفيله ، وإن أخر عن كفيله لا يكون تأثيراً عن الأصل لأن التأخير إبراء مؤقت) لإسقاط المطالبة إلى غاية (فيعتبر بالإبراء المؤبد) ورد بأن هذا اعتبار مع علم التساوى وهو باطل ، ألا ترى أن الكفيل لو رد الإبراء المؤبد لم يرتد بالرد بل يثبت الإبراء وتسقط عنه المطالبة ، ولو رد الإبراء الموقت ارتد بالرد ووجب عليه أداء ما ضمنه حالا . والجواب أن اعتبار شيء بغيره لا يستلزم التساوى بينهما من كل وجه ولا لا يبق الاعتبار . نعم يحتاج إلى ذكر فارق عند من يقول بموازاة بين قبول أحدهما الرد دون الآخر ، وهو ما ذكره أن الإبراء المؤبد إسقاط محض في حق الكفيل لا تعليق فيه حيث لم يكن عليه إلا مجرد مطالبة ، والإسقاط المحض لا يقبل الرد كإسقاط الخيار ، وأما الإبراء المؤقت فهو تأخير مطالبة ليس فيه إسقاط ، ولهذا يعود بعد الأجل والتأخير قابل للرد (قوله بخلاف ما إذا كفّل) يجوز أن يكون جواب دخل . تقريره لانسم أن التأخير عن الكفيل لا يكون تأثيراً عن الأصل ، فإن الكفيل إذا كفّل بالمال الحال - موجلاً إلى شهر فإنه يكون تأثيراً عن الأصل . ووجه ذلك أنه ليس بتأخير عن الكفيل بل هو تأخير لأصل الدين لأنه لما شرط التأجيل في ابتداء الكفالة ، ولم يكن حينئذ حق للطالب سوى الدين ، لأن المطالبة بالحصول بالكفالة لم تثبت بعد تعيين تأخير ، وإذا كان تأخير الأصل الدين وهو في ذمة الأصل تأخر عنه وعن الكفيل جميعاً (أما هاهنا)

قال (فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسية فقد برئ الكفيل والذي عليه الأصل) لأنه أضاف الصلح إلى الألف الدين وهي على الأصل فيبرئ عن خمسية لأنه إسقاط وبرأته توجب براءة الكفيل ، ثم برأ جميعا عن خمسية بأداء الكفيل ، ويرجع الكفيل على الأصل بخمسية إن كانت الكفالة بأمره ، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لأنه مبادلة حكية فلكه فيرجع بجميع الألف ، ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصل لأن هذا إبراء الكفيل عن المطالبة .

حكما قبل التأجيل أنه جواز المطالبة ثم طرأ التأجيل عن الكفيل فينصرف إلى ما تقرر عليه بالكفالة وهو جواز المطالبة (قوله فإن صالح الكفيل رب المال عن الألف على خمسية) إن شرط برأتهما جميعا عن الخمسية أو شرط براءة المطلوب برأتهما جميعا ، وإن شرط براءة الكفيل وحده برئ الكفيل عن خمسية والألف يتأمها على الأصل فيرجع الكفيل بخمسية إن كان بأمره والطالب بخمسية ، بخلاف ما لو صالحه على خمسية على أن يجب له الباقي حيث يرجع الكفيل بألف ، وإن لم يشترط براءة واحد منهما بأن لم يزد على قوله صالحته عن الألف على خمسية وهي مسألة الكتاب (برأتهما جميعا) عن خمسية (لأنه) أى الكفيل (أضاف الصلح إلى الألف الدين وهو) أى الدين (على الأصل) فيبرأ الأصل (من خمسية) ومن ضرورته أن يبرأ الكفيل منها على ما ذكرنا ويرجع الكفيل على الأصل بالخمسية التي أوفاهما ولا خلاف في هذا (بخلاف ما لو صالح يجنس آخر لأنه) أى الصلح يجنس آخر (مبادلة فيملك) أى الدين (فيرجع بجميع الألف) وعند الأئمة الثلاثة يرجع بالأقل من الدين ومن قيمة السلعة التي صالح بها لأنه أوفى هذا القدر ، ولا يجعل الصلح يجنسه مبادلة لأن الخمسية لا تجعل عوضا عن الألف لما فيه من الربا ، ولا يمكن تمليكها من الكفيل لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ، ولا يمكن أن تجعل واجبة في ذمة الكفيل تصحيحا للصلح مع الكفيل حتى تصير البراءة عن خمسية مشروطة للكفيل كما لو صالح على خلاف الجنس لأن وجوبها في ذمة الكفيل عند الحاجة إلى التملك ، وفي خلاف الجنس يحتاج إلى التملك وفي الجنس لا يحتاج لما فيه من الربا ، بل هو إسقاط الخمسية فكانت البراءة عن خمسية مشروطة للأصل فتسقط عنهما ، ثم يرجع الكفيل على الأصل بخمسية إذا كان كفلا بأمره (ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الأصل) لأن الواجب بالكفالة المطالبة والبراءة منها من الكفالة فيبقى حال المطالبة على ما كان قبل الكفالة ، وجعل في النهاية صورة هذه المسئلة ما في المبسوط لو صالحه على مائة على إبراء الكفيل خاصة من الباقي رجع الكفيل على الأصل بمائة ورجع الطالب على الأصل بتسعة مائة لأن إبراء الكفيل فسخ للكفالة

أى فيها إذا حل بعد الكفالة فإنما كان للتأخير المطالبة بالحاصلة بالكفالة ولا يلزم من ذلك تأخير أصل الدين) قال (فإن صالح الكفيل رب المال الخ) مصالحة الكفيل رب المال على أقل من قدر الدين يجنس على أربعة أوجه : هو أن يشترط برأتهما جميعا ، أو براءة المطلوب خاصة ، أو براءة الكفيل خاصة ، أو لم يشترط شيء من ذلك . ففي الأول والثاني برأتهما جميعا ، وفي الثالث برئ الكفيل عن خمسية لا غير والألف بحاله على الأصل والطالب بالتأجيل إن شاء أخذ جميع دينه من الأصل وإن شاء أخذ خمسية من الكفيل وخمسية من الأصل ويرجع الكفيل على الأصل بما أدى إن كان الصلح والكفالة بأمره . وفي الرابع وهو مسألة الكتاب . فإن قال الكفيل للطالب صالحته عن الألف على خمسية ولم يزد على ذلك برأتهما جميعا عن خمسية لأن إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ما على الأصل حيث لم يكن على الكفيل سوى المطالبة فيبرأ الأصل من ذلك وبرأته توجب براءة الكفيل لما تقدم ثم برأ

(قوله إن كان الصلح والكفالة بأمره) أقول : لو جوب كون الصلح بأمره تأمل .

قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت إلى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه) معناه بما ضمن له بأمره لأن البراءة التي ابتدأوها من المطلوب وانتهوا إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء ، فيكون هذا إقرارا بالأداء فيرجع (وإن قال أبرأتك لم يرجع الكفيل على المكفول عنه) لأنه براءة لانتهى إلى غيره وذلك بالإسقاط فلم يكن لإقرارا بالإيفاء . ولو قال برئت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لأنه يحتمل البراءة بالأداء إليه والإبراء فثبت الأدنى إذ لا يرجع الكفيل بالشك . وقال أبو يوسف رحمه الله : هو مثل الأول لأنه أقر براءة ابتدأوها من المطلوب وإليه

(فوله ومن قال لكفيل ضمن له مالا بأمر المكفول عنه) قد برئت إلى من المال رجع الكفيل على المكفول عنه (جميع الدين لأن لفظ إلى لانتهاء الغاية ، والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهى في هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس إلا الكفيل مخاطب فأعاد التركيب براءة من المال ميتلونها من الكفيل ومنتهى صاحب الدين . وهذا معنى الإقرار من رب الدين والقبض من الكفيل ، كأنه قال دفعت إلى فلا يرجع على واحد منهما ، ويرجع الكفيل على الأصيل إن كان كفل بأمره والحالة كالكفالة في هذا . وهنا ثلاثة مسائل : إحداها هذه ، والثانية قال أبرأتك من المال ليس إقرارا بالقبض حتى كان للطالب أن يأخذ الأصيل به ، والثالثة برئت من المال ولم يقل إلى فهذا إقرار بالقبض عند أبي يوسف كقوله برئت إلى . وعند محمد كقوله أبرأتك إثباتا للأدنى وهو براءة الكفيل

جميعا عن خصماته بأداء الكفيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى لأنه أوفى هذا القدر بأمره ، وإن قال صالحتك عما أستوجب بالكفالة كان فسحا للكفالة لا إسقاطا لأصل الدين فيأخذ الطالب خصماته من الكفيل إن شاء والباقي من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل بما أدى ومصلحته إياه ، بخلاف الجففس تملك لأصل الدين منه بالمبادلة فيرجع بجميع الألف . واعترض بأنه يلزم تملك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز . وأجيب بأنه جعل الدين في ذمة الكفيل لتصير الدنانير بدلا من الدين ويكون تملك الدين بمن عليه الدين وتكون البراءة مشروطة للكفيل فيرجع على الأصيل لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل ، بخلاف ما إذا صالح على خصماته حيث لا يمكن أن تكون خصماته بدلا عن الألف لكونه ربا فيبقى الدين في ذمة الأصيل والبراءة مشروطة له ، وبراءته توجب براءة الكفيل فيبرءان عن خصماته ويرجع الكفيل على الأصيل بخمسائة إذا كفل بأمره كما ذكرنا . قال (ومن قال لكفيل ضمن له مالا الخ) ذكرها هنا ثلاث مسائل تتعاق بالبراءة : إحداها ما ذكر فيه ابتداء البراءة من المطلوب وانتهوا إلى الطالب ، والثانية أن يذكر ابتدأوها من الطالب ، والثالثة بالعكس : فالأولى أن يقول لكفيل ضمن له بأمره مالا قد برئت إلى من المال ، وفيها يرجع الكفيل على الأصيل لما ذكر أن البراءة التي يكون ابتدأوها من المطلوب : أي الكفيل وانتهوا إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء ، فكان بمنزلة أن يقول دفعت إلى المال أو قبضته منك وهو إقرار بالقبض فلا يكون لرب الدين مطالبة من الكفيل ولا من الأصيل ويرجع الكفيل على الأصيل . والثانية أن يقول أبرأتك وفيها لا رجوع للكفيل على الأصيل ولكن لرب الدين أن يطلب ماله من الأصيل لأن ما دل عليه اللفظ براءة لانتهى إلى غيره وذلك بالإسقاط فلا يكون إقرارا بالإيفاء وهاتان بالاتفاق : والثالثة أن يقول برئت ولا يزيد عليه فقد اختلف فيه . قال محمد رحمه الله : هو مثل أن يقول أبرأتك لأنه يحتمل البراءة بالأداء والبراءة بالإبراء والثانية أدناها فثبت (قوله ولا يرجع الكفيل بالشك) يجوز أن يكون دليلا آخر ،

(قال المصنف : لأنه براءة لانتهى إلى غيره) أقول : القصر في قوله لأنه راجع إلى ما في ضمن أبرأتك من البراءة ، والمعنى لأن البراءة الحاصلة بأمرتك براءة لانتهى .

الإيفاء دون الإبراء . وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل .

إذ في الزائد عليه شك فلا يثبت . وقرئ محمد بين هذا وبين ما لو كتب في الصك برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فإنه إقرار بالقبض عندهم جميعا كقوله برئت إلى بقضية العرف فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء . وإن حصلت بالإبراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة إقرارا بالقبض عرفا ولا عرف عند الإبراء . وأبو يوسف يقول هو مثل برئت إلى لأنه إقرار ببراءة ابتداءها من المطلوب وهو الكفيل المخاطب . وحاصله لإثبات البراءة منه على الخصوص مثل قمت وقعدت ، والبراءة الكائنة منه خاصة كالإيفاء ، بخلاف البراءة بالإبراء فإنها لا تتحقق بفعل الكفيل بل بفعل الطالب فلا تكون حينئذ مضافة إلى الكفيل ، وما قاله محمد إنما يتم إذا كان الاحتمالان متساويين . واختلف المتأخرون فيما إذا قال المدعى عليه أبرأتني المدعى من الدعوى التي يدعى علي ، منهم من قال هو إقرار بالمال كما لو قال أبرأتني من هذا المال الذي ادعاه ، ومنهم من قال لا يكون إقرار لأن الدعوى تكون بحق وبباطل . ولو قال الكفيل أنت في حل من المال فهو كقوله أبرأتك لأن لفظة الحل تستعمل في البراءة كالإبراء دون البراءة بالقبض . قالوا في شروح الجامع الصغير : هذا إذا كان الطالب غالبا ، فأما إذا كان حاضرا يرجع إليه في البيان أنه قبض أو لم يقبض لأن الأصل في الإجمال أن يرجع فيه إلى المجمل في البيان ، والمراد من المجمل هنا ما يحتاج إلى تأمل ويحتمل الجواز وإن كان بعيدا كما يحتمل قوله برئت إلى معنى لأن أبرأتك لاحقية المجمل : يعني يرجع إليه إذا كان حاضرا لإزالة الاحتمالات ، خصوصا إن كان العرف من ذلك

وتوجيه أن يقال يتقنا بحصول البراءة بأى الأمرين كان وشككتنا في الرجوع ، لأن البراءة إن كانت بالأداء رجع الكفيل ، وإن كانت بالإبراء لم يرجع فلا يرجع بالشك . وقال أبو يوسف : هو مثل أن يقول برئت إلى لأنه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب ، فإنه ذكر حرف الخطاب وهو التاء وذلك إنما يكون بفعل يضاف إليه على الخصوص كما إذا قيل قمت وقعدت مثلا وهو فبا نحن في الإيفاء لأنه يضع المال بين يدي الطالب ويخل بينه وبين المال فتقع البراءة وإن لم يوجد من الطالب صنع ؛ فأما البراءة بالإبراء فما لا يوجد بفعل الكفيل لا محالة . وقيل أبو حنيفة مع أنى يوسف رحمهما الله في هذه المسئلة ، وكان المصنف اختاره فأخوه وهو أقرب الاحتمالين فالصير إليه أولى : وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل ، وأما إذا كان غائبا فالاستدلال على الوجوه المذكورة . واعترض بوجهين : أحدهما هو أن المجمل لا يمكن العمل به إلا ببيان المجمل ، وقد ظهر مما ذكر أن العمل به ممكن . والثاني أن حكم المجمل التوقف قبل البيان ، وهما قد اتفقا على العمل في الوجه الأول والثاني بالإثبات والنفي فكيف يكون مجعلا مع انتهاء لازمه . وأجيب بأن قوله برئت إلى وإن كان بمنزلة الصريح في حق إيفاء الكفيل وقبض الطالب من حيث الاستدلال لكنه ليس بصريح فيه بل هو قابل للاستعارة بأن يقال برئت إلى لأنى أبرأتك وإن كان بعيدا عن الاستعمال . وما ذكروه في تعليل الأوجه الثلاثة استدلالا لأصريح في الإيفاء وغير الإيفاء فكان العمل به عند المعجز عن العمل بالنص ، فلما أمكن العمل بصريح البيان من الطالب في ذلك سقط العمل بالاستدلال وإن كان واضحا في دلالة على المراد ، وكونه غير صريح في الإيفاء والإبراء هو الذى سوغ استعمال لفظ المجمل ، والرجوع إلى بيان الطالب صريحا وقت حضوره ليكون العمل به عملا بدليل لاشبهة فيه ، وهذا تطويل لا طائل تحته إن كان المراد بالمجمل المجمل الاصطلاحى ، وإن كان المراد به

قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لما فيه من معنى التعليل كما في سائر البراءات . ويروى أنه يصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطا محضا كالطلاق ، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصل . قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لاتصيح الكفالة به كالحدود والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعلل بإيجابه عليه ، وهذا لأن العقوبة لا تجرى فيها النيابة .

اللاظ مشتركا ، منهم من يتكلم به ويقصد ما ذكرنا من القبض ، ومنهم من يقصد الإبراء (قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) أي بالشرط المتعارف مثل إن عجلت في البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة أما غير المتعارف فلا يجوز كما لا يجوز تعليق الكفالة به فسقط السؤال القائل يشكك بما إذا قال الكفيل بالمال على أني إن وافيت به غدا فأنا بريء من المال فوافاه به برئ من المال لأن هذا شرط ملام ، على أنه لا ورود له لأن الفرض أن فيه روايتين فهذا النوع شاهد أحدهما (ويروى أنه يجوز) وهو أوجه لأن المنع لمعنى التعليل وذلك يتحقق بالنسبة إلى المطلوب ، أما الكفيل فالتحقق عليه المطالبة (فكان) إبراؤه (إسقاطا محضا كالطلاق ، ولهذا لا يرتد بالرد من الكفيل بخلاف الأصل) لا يصح تعليقه لأن فيه معنى تملك المال . وقوله (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لاتصيح الكفالة به) كنفس (الحدود) نفس (القصاص) إذ لا يقتل الكفيل بدلا عن المكفول

المجمل اللغوي وهو ما كان فيه إيهام فالحطب إذا يهون . قال (ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط الخ) تعليق البراءة من الكفالة بالشرط مثل أن يقول إذا جاء غدا فأت برئ من الكفالة لا يجوز لأنها ليست بإسقاط محض لما فيه من معنى التعليل كما في سائر البراءات ، والتعليق إنما يصح في الإسقاط المحض . ورد بما لو كفل بالمال وبالنفس وقال إن وافيت به غدا فأنا بريء من المال فوافاه من الغد فهو بريء من المال فقد جازت تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بموافاة المكفول به ، والمسئلة في الإيضاح ، ويروى أنه يصح لأنها إسقاط محض كالطلاق ، لأن على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء الأصل والإسقاط المحض يصح تعليقه . وقيل في وجه اختلاف الروايتين إن عدم الجواز إنما هو إذا كان الشرط شرطاً محضاً لا منفعة للطالب فيه أصلاً كقوله إذا جاء غدا ونحوه لأنه غير متعارف فيما بين الناس ، كما لا يجوز تعليق الكفالة بشرط ليس للناس فيه تعامل ، فأما إذا كان بشرط فيه تقع للطالب وله تعامل فتعلق البراءة به صحيح كالمسئلة المنقولة من الإيضاح فإن الطالب له فيه نفع لما فيه من إبراء بعض واستيفاء بعض ومثله متعامل ، ألا ترى أن صاحب الدين إذا قال عجل خسمائة على أني أبرأتك من الباقي كان صحيحا ، وإن علق البراءة على البعض بتعجيل البعض فرواية عدم الجواز محمولة على ما إذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ورواية الجواز على ما يقابله . قال (وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لاتصيح الكفالة به الخ) ذكر ضابطا لما لاتصيح الكفالة به . ومعنى قوله لا يمكن لا يصح لأن إمكان الضرب أو حرّ الرقبة ليس بمتنفذ لا بحالة لكنه لا يصح شرعا ، وعبر عنه بعدم الإمكان مبالغة في نفي الصحة ، فإذا كفل رجل عن آخر بما عليه من الحد والقصاص لم تصح كفالته حيث لا يصح الاستيفاء منه ، لأن الاستيفاء يعتمد الإيجاب عليه وهو متعذر . إذ الوجوب عليه ، إما أن يكون أصالة والفرض خلافه ، أو نيابة وهي لا تجرى في العقوبات . قالوا : لأن المقصود هو الزجر وهو بالإقامة على الثائب لا يحصل وفيه تشكيك ، وهو أن الزجر إما أن يكون للجاني بأن لا يعود إلى مثل ما فعل أو لغيره ، فإن كان الأول فقد لا يحصل المقصود كما

(قوله فإن كان الأول) أقول : ويجوز أن يعكس قيتين يطلان الأول بما ذكره في وجه بطلان الثاني وبالعكس ، بل هذا أظهر .

قال (وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز) لأنه دين كسائر الديون (وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح) لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله ، لكن بالأعيان المضمونة بنفسها كالمبيع يباع فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب ، لا بما كان مضموناً بغيره

عنه ولا يضرب وتقدم (قوله وإن تكفل عن البائع بالمبيع لم تصح عندنا خلافاً للشافعي) اعلم أن الأعيان إما مضمونة على الأصل أو غير مضمونة ، فغير المضمونة كالوديعة ومال المضاربة والشركة والعارية عندنا والمستأجر في يد المستأجر . والمضمونة إما مضمونة بغيرها كالمبيع قبل القبض فإنه مضمون بالثمن والرهن فإنه مضمون بالدين فالثلاثة الأول لا تصح الكفالة بها أصلاً بناءً على أنها غير واجبة التسليم فلا يجب على الكفيل شيء . وقالوا : رد الوديعة غير واجب على المودع بل الواجب عدم المنع عند طلب المودع فلا يجب على الكفيل تسليمها ، بخلاف العارية فإن تسليمها واجب فصح التكفل بتسليمها ، وكذا الباقي من القسمين يصح بالتسليم ولا تصح الكفالة بها على معنى أنه بعينه يجب على الكفيل ، فإن هلك فعليه بدله لأن هذا القدر لا يجب على الأصل ، بل لو هلك المبيع إنما يسقط الثمن أو الرهن سقط من الدين بقدره ، والباقي ظاهر فلا يجب على الكفيل ، وعلى معنى الكفالة بتسليم العين يصبح كما ذكرنا ، ومتى هلك فلا شيء على الكفيل ، وفائدته حينئذ إلزام إحضار العين وتسليمها ، ولو عجز بأن مات التمسك المبيع أو الرهن أو المستأجر انفسخت الكفالة على وزان الكفالة بالنفس سواء ، وما ذكر شمس الأئمة السرخسي أن الكفالة بتسليم العارية باطلة باطل ، فقد نص في الجامع الصغير أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة ، وكذا في المبسوط ، ونص القندوري أنها بتسليم المبيع جائزة ، ونص في الصحفة على جميع

تري بعض المنتهكين يعو دون إلى الجناية وإن كان الثاني فقد يحصل المقصود بالإقامة على النائب هذا في الحدود وأما في الإقصاص فالأول منتفٍ قطعاً لعدم تصويره بعد الموت أصلاً لا محالة . والثاني كما في الحد ولعل الاستدلال على ذلك بالإجماع أولى ، فإنه لم يرو عن أحد من أهله خلاف في جرياتها في العقوبات فيكون التشكيك حينئذ تشكيكاً في السلمات وهو غير مسموع . قال (وإذا تكفل عن المشتري بالثمن جاز الخ) الكفالة بالثمن عن المشتري جائزة بلا خلاف لأنه دين صحيح كسائر الديون ، وعلى هذا يكون ذكره تمهيداً لذكر الكفالة بالمبيع والأعيان المذكورة بعده . واعلم أن الأعيان بالنسبة إلى جواز الكفالة بها تنقسم بالقسمتين الأولى إلى ما هو أمانة لا يضمن كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ، وإلى ما هو مضمون . ثم المضمون ينقسم إلى ما هو مضمون بغيره كالمبيع والرهون ، وإلى ما هو مضمون بنفسه كالمبيع يباع فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب والكفالة بها كلها إما أن تكون بذواتها أو بتسليمها ، فإن كان الأول لم تصح الكفالة فيها يكون أمانة أو مضموناً بالغير ، وتصح فيما يكون مضموناً بنفسه عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله ، فعلى هذا لا يجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشتري إن هلك المبيع فعلى بدله لأنه غير مضمون بغيره وهو الثمن ، ولا بالرهون لأنه مضمون بالدين ، ولا بالوديعة والمستأجر لأنها أمانة ، ويجوز في المبيع يباع فاسداً والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب . ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائماً ، وتسليم قيمته عند الهلاك لأنها أعيان مضمونة بعينها ، ومعنى ذلك أن تجب قيمتها عند الهلاك ، وما لم تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره كما مر ، ومنع الشافعي رحمه الله الكفالة بالأعيان مطلقاً بناءً على أصله أن موجب الكفالة التزام أصل الدين في الذمة فكان محلها الديون دون الأعيان ، وأن شرط صحتها قلرة الكفيل على الإيفاء من عنده وذلك يتصور في الديون دون

(قوله قد لا يحصل المقصود) أقول : تأمل فإن عدم الحصول نادر لا يضرنا (قوله وما لم تجب قيمته عند الهلاك) أقول : الوصول عبارة عن الأعيان المضمونة .

كالمبيع والمهرن ، ولا بما كان أمانة كالوديعة والمستأجر ومال المضاربة والشركة . ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز

ما أوردناه أن الكفالة بالتسليم صحيحة . والوجه عندي أن لافرق بين الثلاثة الأول من الوديعة ومال المضاربة والشركة وبين العارية وما معها من الأمانات ، إذ لا شك في وجوب الرد عند الطلب ، فإن قال الواجب التخلية بينه وبينها لآدائها إليه فنقول : فايكن مثل هذا الواجب على الكفيل وهو أن يحصاها ويحل بينه وبينها بعد إحضاره إليها ، ونحن نغني بوجوب الرد ما هو أعم من هذا ، ومن حمل الردود إليه . قال في النخبة : الكفالة بتسليم المودع من الأخذ صحيحة ، وأما مضمونة بنفسها كالمفصوب والمبيع فيما فاسدا والمقبوض على سوم الشراء فتصح الكفالة بها ، ويجب على الكفيل ما يجب على الأصل وهو دفع العين ، فإن عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل . وفي المبسوط : ادعى عبدا في يد رجل فلم يقلعه إلى القاضي وأخذ منه كفلا بنفسه وبالعبد فأتى العبد في يد المطلوب وأقام المدعى البينة أن العبد عبده يقضى القاضي بقيمته على المطلوب ، وإن شاء على الكفيل لأن بالبينة ظهر أن العبد كان مفصوبا والكفالة بالعين المفصوبة توجب على الكفيل أداء القيمة عند تمذرا العين ، كما أن الواجب على الأصل كذلك ، والقول قول الكفيل في قيمته لإنكاره الزيادة كالأصل : أغنى الغاصب ، فإن أقر الغاصب بأكثر لزمه الفضل ولا يصدق على الكفيل . وفي المبسوط : كفل بالرهن وفيه فضل على الدين فهلك عند المرتن ليس على الكفيل شيء لأن عين الرهن والزيادة على مقدار الدين من الرهن أمانة في يد المرتن ،

الأعيان . وقلنا بناء على أصلنا إن الكفالة تضم ذمة إلى ذمة في المطالبة والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونا على الأصل لاحالة ، والأمانات ليست كذلك ، والمضمون بغيره كالمبيع المضمون بالعين ، والمهرن المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الأصل حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد ، ولو هلك الرهن في يد المرتن صار مستوفيا لدينه ولا تلزمه مطالبته فلا تتصور الكفالة وإن كان الثاني : أغنى الكفالة بتسليم الأعيان المذكورة ، فما كان مضمونا بغيره كالمبيع إذا كفل بتسليمه قبل قبضه بعد نقد الثمن ، والمهرن إذا كفل عن المرتن بتسليمه إلى الراهن بعد استيفاء المرتن الدين جاز : وذكر في النخبة أن الكفالة عن المرتن الراهن لا تصح سواء حصلت الكفالة بعين الرهن أو برده حتى قضى الدين ، ولعل عمله اختلاف الروايتين ، فإن هلك المبيع فلا شيء على الكفيل لأن العقد قد انفسخ ووجب على البائع رد الثمن والكفيل لا يضمن الثمن ، وإن هلك الرهن عند المرتن فلكل ذلك لأن عين الرهن إن كان بمقدار الدين أو زائدا عليه والزيادة عليه من ماله كان أمانة في يد المرتن ولا ضمان فيها . وما كان أمانة فإن كان غير واجب التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة فإن الواجب فيها علم المنع عند الطلب لا التسليم ، ولا تجوز الكفالة بتسليمه لعدم وجوبه ، كما لا تجوز بينها . وإن كان واجب التسليم كالمستأجر بفتح الجيم إذا ضمن رجل تسليمه إلى المستأجر كمن استأجر دابة وعجل الأجر ولم يقبضها وكفل له بذلك كفيل صح الكفالة والكفيل مؤاخذ بتسليمها مادامت حية فإن هلكت فليس على الكفيل شيء لأن الإجارة انفسخت وخرج الأصل عن كونه مطالبا بتسليمها ، وإنما عليه رد الأجر والكفيل ما كفل به ، وترك المصنف رحمه الله ذكر المستأجر كما ترك ذكر الوديعة إشارة إلى عدم جوازه ، وأظنه تابع خمس الأئمة الرخصي في ذلك فإنه قال : الكفالة بتسليم العارية باطلة ، قيل وهذا ليس بصواب ، فقد نص محمد رحمه الله في الجامع أن الكفالة بتسليم العارية صحيحة ، وفيه نظر لأن خمس الأئمة ليس بمن لم يطلع على الجامع بل لعله قد اطلع (قوله فإن الواجب فيها علم المنع الخ) أقول : هو أيضا يعد تسليمها فينبغي أن تجوز الكفالة به على ما ذكره بعض مقلبي (قوله قيل وهذا ليس بصواب) أقول : قتال هو الكافي .

لأنه التزم فعلا واجبا . قال (ومن استأجر دابة للحمل عليها ، فإن كانت بعينها لاتصح الكفالة بالحمل) لأنه عاجز عنه (وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة) لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق (وكذا من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل) لما بينا .

ولا يضمن الكفيل شيئا من ذلك بالكفالة ، ولو ضمن لصاحب الدين ما نقص الرهن من دينه وكانت قيمة الرهن تسعمائة والدين ألف مثلا ضمن الكفيل مائة لأنه التزم بالكفالة ديناً مضموناً في ذمة الأصل ، ولو استأجر الراهن المرهون من المرتين على أن أعطاه كفيلاً به فهلك عند الراهن لم يلزم الكفيل شيء لأنه لا ضمان للمرتين على الأصل بسبب هذا القبض فلا يضمن الكفيل أيضاً ، ولو كان الراهن أخذه بغير رضا المرتين جاز ضمان الكفيل وأخذ به لأن الراهن ضامن مالية العين هنا ؛ ألا ترى أنه لو هلك في يده ضمن قيمته للمرتين فيكون هذا بمنزلة الكفالة بالمغضوب ، ولفظ المستأجر في كلام المصنف بالفتح في الموضعين ، وقدمنا أنه متى هلك كل من المبيع والرهن والمستأجر بعد الكفالة بتسليمه لا شيء على الكفيل ؛ ففي المبيع والرهن تقدم ما يفيد وجهه وفي المستأجر لأن الأجرة تنسخ به وخرج الأصل من أن يكون مطالبا بتسليم العين ، وإنما وجب رد الأجرة والكفيل ما كفل الأجر (قوله ومن استأجر دابة للحمل ، فإن كانت بعينها) أي تجره أن يحمله على هذه الدابة (لاتصح الكفالة لأنه عاجز عن الفعل) الواجب على الأصل وهو حله على هذه الدابة لأنه لا ملك له في هذه الدابة ليحمله عليها (وإن كانت بغير عينها جازت لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه) أو على دابة يستأجرها (والحمل هو المستحق) وهو مقدور للكفيل فصحت كفالة به (ووازنه من استأجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا) من أنه عاجز عنه إذ لا ملك للعبد ، أما لو كفل بنفس العبد المستأجر فهو صحيح على ما عرف ، ولو هلك لا شيء على الكفيل . وقال شارح في الفرق بين الحمل على المدين وغير المدين بأن الدابة إذا كانت بعينها فالواجب على الموجر تسليم الدابة لا الحمل ، فالكفالة بالحمل كفالة بما لم يجب على الأصل فلا تصح ، بخلاف ما إذا كانت غير معينة لأن الواجب هو الحمل ويمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة انتهى . واعترض الأصحاب بأن الواجب إن كان

على رواية أقوى من ذلك فاختارها (قوله لأنه التزم فعلا واجبا) دليل لما ذكره ، وفيه إشارة إلى التفرقة بين ما يكون واجب التسليم وما لا يكون كما فصلناه (قوله ومن استأجر دابة للحمل) علم أن من استأجر دابة معينة للحمل فكفل بتسليمها رجل صحت لما تقدم آنفا ، وإن استأجر غير معينة للحمل فكفل رجل بالحمل وكذلك لأن المستحق هو الحمل وهو قادر عليه بالحمل على دابة نفسه ، وإن استأجرها معينة للحمل فكفل بالحمل لم يصح . قال المصنف (لأنه) أي الكفيل (عاجز عنه) أي عن الحمل على الدابة المعينة لأن الدابة المعينة ليست في ملكه ، والحمل على دابة نفسه ليس بحمل على تلك الدابة ، وفيه نظر لأن عدم القدرة من حيث كونه ملك الغير لو منع صاحبها لما صحت بالأعيان مطلقا كما ذهب إليه الشافعي رحمه الله ، واستدل به على عدم جوازها في الأعيان مطلقا ، وما ذكر في الإيضاح جوابا للشافعي رحمه الله ، وهو قوله تسليم ما التزمه متصور في الأعيان المضمونة في الجملة فصيح التزامه ، لأن ما يلزمه بمقدوره يعتبر فيه التصور غير دافع ، لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة فكان الواجب صاحبها فيما نحن فيه أيضا (وكذا) إذا استأجر عبدا بعينه للخدمة فكفل له رجل بخدمته لم تصح لما بينا

(قوله وما ذكر في الإيضاح) أقول : قوله وما ذكر ميتا غيره يحى بعد مطرين وهو قوله غير دافع إلخ (قوله لأن تسليم ما التزمه متصور في الجملة إلخ) أقول : لعل المراد من قوله متصور في الجملة أن التسليم متصور إما باعتباره عيه أو باعتبار قيمته ، ولا يستقيم ذلك في الحمل على دابة معينة فليتأمل

قال (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس) وهذه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله آخرًا : يجوز إذا بلغه أجاز ، ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة ، والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا . له أنه تصرف الزام فيستبد به الملتزم ، وهذا وجه هذه الرواية عنه . ووجه التوقف ما ذكرناه في الفصولي

ليس إلا تسليم الدابة المعنية بسبب أن تحميله الذي هو فعله غير معقود عليه ، وإنما المعقود عليه حمل الدابة فكذلك إجازة حمله على دابة إلى مكان كذا ليس عليه سوى تسليم أي دابة كانت إذ لا يجب تحميله الذي هو فعله لأنه لم يستأجر الرجل قسمة فلا فرق ، فينبغي أن لا يجوز الكفالة فيه أيضا لأن الحمل أيضا غير واجب على الأصل بعين ما في التي قبلها . والحاصل أنه إن كان الحمل على الدابة تسليمها فينبغي أن تصح الكفالة فيهما لأن الكفالة بتسليم المستأجر صحيحة . ولم يمنع منه كون المستأجر ملكا لغير الكفيل ، وإن كان التحميل ينبغي أن لا تصح فيهما لأن التحميل غير واجب على الأصل . ولحق أن الواجب في الحمل على الدابة معينة أو غير معينة ليس مجرد تسليمها بل المجموع من تسليمها والإذن في تحميلها وهو ما ذكر في النهاية من التركيب ، وما ذكرنا من الحمل عليها ، ففي المعنية لا يفتقر على الإذن في تحميلها إذ ليست له ولاية عليها ليصح إذنه الذي هو معنى الحمل ، وفي غير المعنية يمكنه ذلك عند تسليم دابة نفسه أو دابة استأجرها (قوله ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف : يجوز إذا بلغه الخبر فأجاز ولم يشترط في بعض النسخ) أي نسخ كفالة الأصل عن أبي يوسف (الإجازة) بل إنه نافذ إن كان المكفول له غائبا وهو الأظهر عنه . والحاصل أن عنه روايتين (والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا) وجه رواية النفاذ (أنه الزام فيستبد به الملتزم) ولا يتعدى له ضرر في المكفول له لأن حكمه لا يوجب عليه شيئا لأنه غتار في المطالبة لامتزوم ، فإن رأى مطالبته طاليه وإلا لا . وأحال المصنف وجه التوقف على ما ذكره في الفصولي في النكاح وهو أن شطر العقد يتوقف حتى إذا عقد فصولي لامرأة على آخر توقف على الإجازة كما إذا كان عقدا تاما بأن خاطب عنه فصولي آخر وعندهما

أنه عاجز عما كفل به . قال (ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس الخ) لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو قول أبي يوسف أولا ، وقال آخرًا : يجوز إذا أجاز حين بلغه ، ولم يشترط في بعض النسخ الإجازة . قيل : أي نسخ كفالة المبسوط . وفيه تنويه بأن نسخ كفالة المبسوط لم تعدد وإنما هي نسخة واحدة ، فالوجود في بعضها دون بعض يدل على تركه في بعض أو زيادته في آخر ، وذكر في الإيضاح . وقال أبو يوسف : يجوز ، ثم قال : وذكر قوله في الأصل في موضعين ، فشرط الإجازة في أحدهما دون الآخر ، وعلى هذا يجوز أن يكون تقدير كلامه في بعض مواضع نسخ المبسوط ، وهذا الخلاف ثابت بينهم في الكفالة بالنفس والمال جميعا . لأبي يوسف رحمه الله في وجه الرواية التي لم تشترط الإجازة فيها أنه تصرف الزام وهو ظاهر ، وكل ما هو كذلك يستبد به الملتزم كالإقرار والتتر فهذا يستبد به الملتزم ومنع كونه الزاما فقط ، وبأن الإقرار إخبار عن واجب سابق والإخبار يتم بالخبر والتتر من العبادات ، ومن له العبادات لا يشترط قبوله لعدم العلم به . وله في وجه رواية التوقف على الإجازة ما ذكرنا في الفصولي في النكاح وهو أن يحمل كلام الواحد كالعقد التام فيتوقف على ما وراء المجلس لأنه لا ضرر في هذا التوقف على أحد ، ومنع

(قوله لأن نسخ كفالة المبسوط لم تعدد) أقول : أي من محمد فلا يرد فيه تأمل (قوله فالوجود في بعضها الخ) أقول : فيه بحث (قوله في بعض مواضع نسخ المبسوط) أقول : فينبغي أن يطرأ لفظ النسخ من بين الأمرين (قوله ومنع كونه الزاما قط) أقول : مستندا بأنه منه التبرع كالمعينة فلا بد من القبول (قوله وبأن الإقرار الخ) أقول : في السلف تأمل .

في التكاح . ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود شرطه فلا يتوقف على ما وراء المجلس (إلا في مسألة واحدة وهي أن يقول المريض لو ارثته تكتل عني بما على من الدين فكتل به مع غيبة الغرماء جاز) لأن ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وإن لم يسم للمكفول لهم ، ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب لحاجته إليه تقريرا لذمته وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه ،

لا يتوقف إلا إن خاطبه فضولى آخر فلا يتوقف عندهما إلا العقد التام) ولهما أن فيه معنى التملك وهو تملك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا والموجود من الموجب وحده) شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس (وهذا يقتضى أنه لو تم عقدا بقبول فضولى آخر توقف ، وقد صرح بذلك عندهما . قالوا : إذا قبل عنه قابل توقف بالإجماع ، وحينئذ قوله في وضع المسئلة لا تصح إلا بقبول المكفول له في المجلس غير صحيح ، بل الشرط أن يقبل في المجلس إن كان حاضرا فتتخذ ، أو يقبل عنه فضولى آخر إن كان غائبا فتتوقف إلى إجازته أو رد ، وقوله (إلا في مسألة واحدة) استثناء من قوله لا تصح إلا بقبول المكفول له في المجلس ، فإن هذه المسئلة صحت من غير قبول في المجلس ولا قبول فضولى عنه (وهي أن يقول المريض) المديون (لو ارثته تكتل عني بما على من الدين فكتل) عنه (به مع غيبة الغرماء) فإنه يصح استحسانا فللغرماء مطالبته . وذكر للاستحسان وجهين : أحدهما أن قوله تكتل عني وصية : أى فيه معنى الوصية ، إذ لو كانت حقيقة الوصية لم يفرق الحال بين حال الصحة والمرض في ذلك ، وقد ذكر في المبسوط أن ذلك لا يصح منه في حال الصحة ، وإذا كان بمعنى الوصية فكأنه إنما قال لم أقضوا ديوني فقالوا لهم إذا قالوا تكتلنا بها ، فلذا قال المشايخ إنما يتم ذلك إذا كان له مال ، فإن لم يكن له مال لا تؤخذ الورثة بهديونه ، ولو كانت حقيقة الكفالة لأخطوا بها حيث تكفلوا . ثانيهما ما ذكر في المبسوط والإيضاح أن حتى الغرماء يتعلق بتركه في مرض موته لا بذمته لضغطها بمرض الموت ولذا امتنع تصرفه في ماله كيف شاء واختار ، فنزل نالها عن الغرماء المكفول لهم عاملا لهم لما في ذلك من المصلحة له بتفريغ ذمته ، وفيه نفع للطالب المكفول له كما إذا حضر بنفسه . فإن قيل : غاية الأمر أن يكون كالمطالب حضر بنفسه فلا بد من قبوله فإن الصادر منه حينئذ قوله تكتل ، ولو قال تكتل لي بما لي على فلان فقال كفتل لآيم إلا أن يقول بعد ذلك قبلت أو نحوه ، كالبيع إذا قال بعني بكذا فقال بعث لا ينعقد حتى يقول الأمر قبلت . أجاب المصنف بقوله

عدم الضرر يجوز وضع الأمر لي قاض يرى براءة الأصهل عن حق الطالب ، كما هو مذهب بعض العلماء في أن الكفالة إذا صحت برئ الأصول وفي ذلك ضرر على الطالب : ولهما أن في عقد الكفالة معنى التملك لأن فيه تملك المطالبة من الطالب فلا يتم بعد الإيجاب إلا بالقبول ، والموجود شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس ، وعلى هذا لوقبله عن الطالب فضولى توقف على إجازته لوجود شرطه . قال (إلا في مسألة واحدة الخ) استثناء من قوله لا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له فكأنه قال : لا يصح ذلك عندهما إلا في مسألة واحدة استحسانا : والقياس علمها لما مر أن الطالب غير حاضر فلا يتم الضمان إلا بقبوله ، ولأن الصحيح لو قال ذلك لورثته أو لأجنبي لم يصح فكذلك المريض . وللاستحسان وجهان : أحدهما أن يقال إذا قال المريض لو ارثته تكتل عني بما على من الدين فكأنه قال أوف عني ديني وذلك وصية في الحقيقة ولهذا يصح وإن لم يسم المكفول لهم ، وقد تقدم أن جهالة المكفول له تفسد الكفالة ولهذا قال المشايخ : إنما تصح هذه الكفالة إذا كان له مال عند الموت تصحيحا لمعنى الوصية ، وإذا كان في معناها لا يكون القبول في المجلس شرطا . قيل في كلام المصنف تصامح لأنه في معنى

وإنما يصح بهذا اللفظ ، ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون المساومة . ظاهر أن هذه الحالة فصار كالأمر بالنكاح ، ولو قال المريض ذلك لأجنبي اختلف المشايخ فيه .

(وإنما لا يشترط القبول) بعد قول الولاة تكفلت (لأنه) أي لأن قوله تكفلت (لا يراد به المساومة) وإنما احتيج في البيع كذلك لأنه يراد به المساومة وهنا لا يراد به إلا التحقيق بدلالة هذه الحالة ، فإن حالة الموت ظاهرة في الدلالة على قصده إلى تحقيق الكفالة لتخليص نفسه لا على المساومة بها (فصار) الأمر هنا (كالأمر بالنكاح) فيها لو قال زوجني بنتك فقال زوجتكها انعقد وإن لم يقل قبلت حيث كان النكاح لا تجري فيه المساومة (ولو قال المريض ذلك لأجنبي) فضمن (اختلف المشايخ) منهم من قال لا يجوز لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه بلا التزام فكان المريض في حق الأجنبي والصحيح سواء ، ولو قال ذلك لأجنبي أو لوارثه لا يصح إلا أن يقبل الطالب ، ومنهم من قال يصح من الأجنبي وينزل المريض منزلة الطالب لحاجته لتضييق الحال عليه كما ذكرنا في الوارث وهو أوجه ، وما في المبسوط من قوله وهذا من المريض صحيح وإن لم يبين الدين ولا صاحب الدين فإنه إنما يصح

الوصية لأنه وصية من كل وجه ، لأنه لو كان كذلك لما اختلف الحكم بين حالة الصحة والمرض . وقد ذكر في المبسوط أن هذا لا يصح في حالة الصحة وليس كذلك لأنه قال : لأن ذلك وصية في الحقيقة ، ومثل هذه العبارة تستعمل عند المحصلين فيها إذا دل لفظ بظاهرها على معنى وإذا نظر في معناه يؤول إلى معنى آخر ، وحينئذ لا فرق بين أن يقول في معنى الوصية أو وصية في الحقيقة . والثاني أن يقال إن المريض قائم مقام الطالب لحاجته إليه : أي إلى قيامه مقامه لوجود ما يقتضيه من نفع المريض يتفريغ ذمته وانتفاء المانع بوجود ما ينفيه من نفع الطالب فصار كأن الطالب قد حضر بنفسه وقال لوارث تكفل عن أبيك لي . فإن قيل : قيامه مقام الطالب وحضوره بنفسه ليس محل النزاع وإنما هو اشتراط القبول وهو ليس بشرطها هنا : أجاب المصنف بقوله (وإنما يصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق) أي المريض يريد بقوله تكفل عني تحقيق الكفالة لا المساومة نظرا إلى ظاهر حالته التي هو عليها فصار كالأمر بالنكاح كقول الرجل لامرأة زوجيني نفسك فقالت زوجت فإن ذلك بمنزلة قولهما زوجت وقبلت ، وظاهر قوله ولا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة وهو المناسب للاستثناء ، وتمثله بالأمر بالنكاح يدل على قيام لفظ واحد مقامهما ، ويجوز أن يكونا مسلكين في هذه المسئلة . قال (ولو قال المريض ذلك لأجنبي) اختلف المشايخ (الخ) إذا قال المريض لأجنبي تكفل عني بما علي من الدين ففعل الأجنبي ذلك اختلف المشايخ ، فمنهم من لم يصح ذلك لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته بلون الالتزام فكان المريض والصحيح في حقه سواء ، ولو قال الصحيح ذلك لأجنبي أو لوارثه لم يصح بلون قبول المكفول له ، فكذا المريض : ومنهم من صححه لأن المريض قصده به النظر لنفسه .

(قوله وظاهر قوله لا يشترط صريح القبول يدل على سقوطه في هذه الصورة) أقول : الظاهر أن مراده بذلك أنه لا يشترط صريح القبول بعد ما كفل الوارث بل يكفي أمره قبل ذلك بقوله تكفل عني ، ولا أدري كيف يلعب إلى ما ذكره . وفيه تفكيك النظم وعدم عمارته في الكلام على ما لا ينبغي (قوله فهم من لم يصح ذلك) لأن الأجنبي غير مطالب بقضاء دينه لا في الحياة ولا بعد موته (الخ) أقول : بخلاف الروايات إذا كان عليه مطالب بعد موت المكفول عنه لاقتضال ما عليه إليه وتعلق حق الطالب بتركه . الحاصل أن الروايات إذا كان مطالبا بقضاء دين المورث باعتباره تعلق الدين بتركه وكون الروايات أقرب الناس إليه حتى خلفه في ماله الفاضل من حاجته فيأثره الدين أول أن يطالب به ، وأمكن حينئذ ترتيب موجب الكفالة ، بخلاف الأجنبي لأنه لا يطالب بدينه بلون الالتزام أصلا ، فالمرتب حقيقة شرائط صحة الكفالة لا تصح فافترا . ولناقل أن يقول : إذا كان الوارث مطالبا بدينه في الجملة كان فيه شبهة للكفالة عن نفسه فكان ينبغي أن لا يجوز كفالة ، فإذا جاز كفالة الزوجين المذكورين في الكتاب كفالة الأجنبي وهي سالم من هذا المنع أول أن تصح فاعلم .

قال (وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا فتكفل عنه رجل للفراء لم تصح عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا تصح) لأنه كفل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ، ولم يوجد المسقط ولهذا يبق في حق أحكام الآخرة ، ولو تبرع به إنسان يصح ، وكذا يبق إذا كان به كفيل أو مال . وله أنه كفل بدين ساقط

بطريق الوصية لورثته بأن يقضوا دينه ، والجهالة لا تمنع صحة الوصية مبنية على غير الوجه الأرجح وهو أنها كفالة ، ولا حاجة إلى ذلك بل هي كفالة ، وجهالة المكفول به هو الدين لا تصرف في الكفالة ، وقد فرض أن المريض قائم مقام المكفول له وهو معين فلم يكن المكفول له مجهولا حكما لهذا الاعتبار (قوله وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم يترك شيئا) بل مات مفلسا (فتكفل رجل للفراء بما عليه لا تصح عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف وعمره) والأئمة الثلاثة وأكثر أهل العلم (تصح لأنه كفل بدين ثابت) لعموم قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » ولما روى « أنه صلى الله عليه وسلم أتى بجنابة أنصاري فقال : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم درهمان أو ديناران ، فقال : صلوا على صاحبكم ، فقام أبو قتادة وقال : ها على فصلي صلى الله عليه وسلم عليه » فلم تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلى عليه بعد الكفالة ، ولأنه كفل بدين ثابت (لأنه) أي الدين (وجب) في حياته (لحق الطالب) وهو باق (ولم يوجد المسقط) وهو الأداء أو الإبراء أو انفساخ سبب وجوبه ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك ، ويدل على بقاءه كونه يطالب به في الآخرة (و) أنه (لو تبرع به إنسان جاز) أخذ الطالب منه ولو سقط بالموت ما حل له أخذه ، وأنه لو كان به كفيل قبل موته بقيت الكفالة ، ولو بطل الدين بطلت الكفالة لسقوطه عن الكفيل بسقوطه عن الأصيل (ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط) في حكم الدنيا لا مطلقا ، والكفالة من أحكام الدنيا لأنها توثق ليأخذها فيها لا في الآخرة فلا يتصور لها وجود بلا دين

والأجنبي إذا قضى دينه بأمرة يرجع في تركته فيصبح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضييق الحال عليه بمرض الموت كما تقدم ، ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فتركناه على القياس أو على أنه بطريق الوصية كما هو الوجه الآخر من الاستحسان ، ولهذا جاز مع جهالة المكفول له ، وجواز ذلك في المرض للضرورة لا يستلزم الجواز من الصحيح لعلمها . قال (وإذا مات الرجل وعليه ديون الخ) إذا مات المديون مفلسا ولم يكن عنه كفيل فكفل عنه بدينه إنسان وارثا كان أو أجنبيا لم تصح الكفالة عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالا : هي صحيحة وهو قول الأئمة الثلاثة . ولهما أن الكفيل قد كفل بدين صحيح ثابت في ذمة الأصيل ، وكل كفالة هذا شأنها فهي صحيحة بالاتفاق فلهذه صحيحة . ولما قلنا كفل بدين صحيح ثابت لأن كونه ديننا صحيحا هو المقروض ، وثبوته إما أن يكون بالنسبة إلى الدنيا أو الآخرة . لا كلام في ثبوته وبقاءه في حق أحكام الآخرة ، وأما في حق أحكام الدنيا فهو ثابت أيضا لأنه وجب لحق الطالب بلا خلاف ، وما وجب لا يفتي إلا بإبراء من له الحق أو بأداء من عليه أو بفسخ سبب الوجوب والمقروض عدم ذلك كله ، فدعوى سقوطه دعوى مجردة عن الدليل ، وما يدل على ثبوته في حق أحكام الدنيا أنه لو تبرع به إنسان صح ، ولو برئ المفلس بالموت عن الدين لما حل لصاحبه الأخذ من المتبرع ، وإذا كان به كفيل أو له مال فإن الدين باق بالاتفاق ، فدل على أن الموت لا يغير وصف الثبوت ، وما يدل على ذلك أن المشتري لو مات مفلسا قبل أداء الثمن لم يبطل العقد ؛ ولو هلك الثمن الذي هو دين عليه بموته مفلسا لبطل العقد كمن اشترى بثلوس في السنة فكسدت قبل القبض يبطل العقد بهلاك الثمن ، ولما لم يبطل هاهنا علم أن الدين باق عليه في أحكام الدنيا . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة وكل

لأن الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب . لكنه في الحكم مال لأنه يتول إليه في المال وقد عجز بنفسه وبخلقه ففاته عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة ، والتبرع لا يعتمد قيام الدين ،

كذلك ، ولأن الدين فعل حقيقة ولذا يوصف بالوجوب) والموصوف بالأحكام الأعمال (وقد عجز عنه بنفسه وبخلقه) هو الكفيل الكائن قبل سقوطه فسقط في أحكام الدنيا ضرورة (والتبرع لا يعتمد قيام الدين) ولو كان يقيد الإضافة : أى التبرع بالدين وهو الحق وإنما يعتمد قيامه بالنسبة إلى من عليه دون من له ، والكفالة نسبة بين كل من المكفول له والأصيل لأنه التزم ما على الأصيل للمكفول له ، ولو كان به كفيل لم يعجز بخلقه فلم يسقط

فعل يقتضى القدرة ، والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلقه وقد انتفت بانتفائها فانتفى الدين ضرورة ، ومعنى قوله الدين هو الفعل حقيقة أن المقصود الفائدة الحاصلة منه هو فعل الأداء والدليل على ذلك وصفه بالوجوب ، يقال دين واجب كما يقال الصلاة واجبة ، والوصف بالوجوب حقيقة إنما هو في الأفعال فإن قلت : لزم حينئذ قيام العرض بالعرض وهو غير جائز باتفاق متكلنى أهل السنة فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير في باب صفة الحسن للمأمور به ، وإن قلت فقد يقال المال واجب أجاب المصنف بقوله (لكنه) أى الدين (في الحكم مال) لأن تحقق ذلك الفعل في الخارج ليس إلا بتملك طائفة من المال ، فوصف المال بالوجوب لأن الأداء الموصوف به يتول إليه في المال فكان وصفا مجازيا . فإن قلت : العجز بنفسه وبخلقه يدل على تعذر المطالبة منه وذلك لا يستلزم بطلان الدين في نفسه كمن كفل عن عبد محجور أقر بدين فإنها تصح ، وإن تعذر المطالبة في حالة الرق . قلنا : غلط بعدم التفرقة بين ذمة صالحة لوجوب الحق عليها ضعفت بالرق وبين ذمة خربت بالموت ولم تبق أهلا للوجوب عليها ، وهذا التقرير كما ترى يشير إلى أن المصنف ذكر دليل أفى حنيفة بطريق المعارضة ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة بأن يقول لا نسلم أن الدين ثابت بل هو ساقط ، وسيذكر السند بقوله فإن الدين هو الفعل كان أخلق في وجوه النظر على مالا يتحقق على المحصلين وتنبه لهذه النكتة واستغن عن إعادتها فيما هو نظيره فيما سأتى (قوله والتبرع لا يعتمد قيام الدين) جواب عما قالوا ولو تبرع به إنسان صح يعنى أن التبرع لا يعتمد قيام الدين ، فإن من قال لفلان على ألف درهم وأنا كفيل به صحت الكفالة وعليه أدائه وإن لم يوجد الدين أصلا ، ولأن بطلان الدين إنما هو في حق الميت لا المستحق لأن الموت يخرج من قام به عن الحلية ، وإذا كان باقيا في حق المستحق حل له أن يأخذ بدينه ما تبرع به الغير ، وعلى هذا لا يبطل البيع بموت المشتري مفسدا لبقائه في حق البائع ، فإن السقوط في حق الميت لضرورة فوت المحل فلا يتعدى إلى غيره ، بخلاف الفلوس إذا كسدت فإن الملك قد

(قوله والقدرة إنما تكون بنفسه أو بخلقه الخ) أقول : فيه شيء (قوله فعليك بما ذكرنا من الجواب في التقرير الخ) أقول : من الله صفة إضافية اعتبارية لا معنى قائم بالذات وصفت الذات بها على الحقيقة حتى يلزم ما ذكرتم ، هذا ما ذكره في التقرير قبيل باب صفة الحسن للمأمور به في كلامه مساهلة (قوله ولو أخرجه إلى سبيل الممانعة الخ) أقول : أنت خير بأن منع الممنعة التي أقيم الدليل عليها خارج عن الآداب وفيما نحن بصده كذلك ، فإن قوله وجب الحق الطالب الخ إشارة إلى دليل الجبوت فليتأمل (قوله وسيذكر السند بقوله الخ) أقول : ذلك القول دليل السند كما لا يخفى .

وإذا كان به كفيل أو له مال فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق .

الدين بموته ، بخلاف الكفالة بعد موته فلها كفالة بعد السقوط (ولو كان له مال فالإفضاء إلى الأداء باق) فلم يسقط الدين فصحت كفالته عن الميت المنيء . وأما حديث أبي قتادة فليس فيه صريح إنشاء الكفالة بل يحتمل قوله هما على كلا من إنشائها والإخبار بها على حد سواء ، ولا عموم لواقعة الحال فلا يستدل به في خصوص محل النزاع ، ويحتمل الوعد بها وإن كان مرجوحا ، وامتناعه صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه ليظهر طريق إيفائهما لا بقيد طريق الكفالة ، فلما ظهر بوعدها أو بالإقرار بالكفالة بهما حصل المقصود فصلى عليه . ونوقض لإثبات سقوط الدين بمسائل : أحدها لو مات المشتري مفلسا قبل أدائه الثمن لا يبطل البيع ، ولو سقط الثمن بطل ، ولو اشترى بفلوس في الذمة فكسدت قبل القبض يبطل البيع بهلاك الثمن في نفسه فعلم أن سقوط الدين بالنسبة إلى الدنيا لا يبطل الدين . ثانيها أنه لو كان بالدين كفيل يبق على حاله إذا مات مفلسا ولو سقط في أحكام الدنيا لم يبق الكفالة . ثالثها لو كان بالدين رهن ببق الدين عليه بعد موته مفلسا وبقاء الرهن إنما يكون ببقاء الدين ، ولأن تعذر المطالبة لعنى لا يوجب بطلان الدين في حال الحياة ، كالعبد المحجور إذا أقر بدين فكفل عنه به كفيل صح وإن كان لا يطالب به في حال رقه فكذا في حال الموت . أجيب عن الأول بأن الدين لا يبطل بموته في حق المستحق حتى جاز أن يأخذه من المتبرع والكفالة تعتمد قيام الدين في حق الأصيل كما ذكرنا ، وقد سقط بهذا الاعتبار لضرورة بطلان المحل فيتعذر بقدر الضرورة . وعن الثاني بأن كساد الفلوس يبطل الملك في حق المشتري فلذلك انتقض العقد وهنا الدين باق في حق صاحب الدين فلا يبطل العقد . وعن الثالث بأن ذمة الكفيل السابق كفالته خلف عن ذمته فلا تبطل ذمته بالموت ومثله الرهن . وأما العبد فله ذمة صالحة فتصح الكفالة وتؤخر المطالبة لحق

يبطل في حق المشتري فلذلك انتقض العقد (قوله وإذا كان به كفيل) جواب عن قولهما وكذا يبق إذا كان به كفيل أوله مال . ويبيانه أن القدرة شرط الفعل إما بنفس القادر أو بخلفه ، وإذا كان به كفيل أوله مال ، فإن انتفى القادر فخلفه وهو الوكيل أو المال في حق بقاء الدين باق (قوله أو الإفضاء) على ما هو السماع وعليه أكثر النسخ تنزل ، وكأنه قال الكفيل والمال إن لم يكونا خلفين فالإفضاء (إلى الأداء) بوجودهما (باق) بخلاف ما إذا علما ، ويجوز أن يكون في الكلام لف ونشر ، وتقديره فخلفه وهو الوكيل أو الإفضاء إلى ما يفضى إلى الأداء وهو المال باق ، وعلى هذا يشترط في القدرة ، إما نفس القادر أو خلفه أو ما يفضى إلى الأداء ، وقد وقع في بعض النسخ إذ الإفضاء على وجه التعايل لقوله فخلفه ، وعلى هذا يكون تقدير الكلام فخلفه باق لحذفه للدلالة المذكور عليه كما في قوله :

نحن بما عندنا وأنت بما عندك راضى والرأى مختلف

ومعناه كل واحد من الكفيل والمالك خلف للميت لأن رجاء الأداء منهما باق ، فإن اختلف ما به يحصل كفاية أمر الأصلى عند عدمه وهما كذلك فكانا خلفين ، وفيه ما ترى من التكلف مع الغنية عنه بالأولى . فإن قيل : إن استدلت الخصم بإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « الزعيم غارم » فإنه لا يفصل بين الحى والميت ، وبما روى أنه عليه الصلاة والسلام أنى بمنزلة أعمارى ليصل عليه فقال عليه الصلاة والسلام : فهل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم درهمان أو ديناران ، فامتنع من الصلاة عليه وقال : صلوا على صاحبكم ، فقام على أبو قتادة رضى الله عنهما على اختلاف الروايتين وقال هما على يا رسول الله ، فصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه ولم

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره قضاء الألف قبل أن يعطيه صاحب المال فليس له أن يرجع فيها) لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال ، كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ،

المولى كما أن الدين ثابت في ذمة المفلس المحلى وإن كان لا يطالب به (قوله ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه) أى قضى الرجل المكفول عنه الكفيل (الألف) التى كفل بها (قبل أن يعطيه) أى قبل أن يعطى الكفيل الألف (صاحب المال) وذكر ضمير يعطيه على تأويل المال أو المكفول به لازم من قوله كفل عن رجل وصاحب المال مفعول أول يعطى والمفعول الثانى هو ضمير المال المقدم فى يعطيه (فليس له) أى ليس للرجل المكفول عنه (أن يرجع فيها) وهو وجه الشافعى . وفى وجه آخر له أن يرجع وهو قول مالك وأحمد بناء على أنه أمانة عنده مالم يقض الأصيل ، ونحن نبين أنه يملكه وأن الأمانة ما إذا كان دفعه إلى الكفيل على وجه الرسالة إلى الطالب ولو لم يملكه فقد تعلق به حقه ، وهذا الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما للمصنف (لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال) لحاقا بالزكاة المعجلة للساعي تعلق به حق القابض على احتمال أن يتم الحلول والنصاب كامل فلم يجز استرداده شرعا ما بقي هذا الاحتمال (و الوجه الثانى

تصح الكفالة عن الميت المفلس لما صلب عليه بعدها كما امتنع قبلها فاذا يكون جواب أى حثيفة عن ذلك ؟ فالجواب أن قوله « الزعيم غارم » يدل على أن الكفيل يغرّم ما كفل به ، والكلام فى كفيل الميت المفلس هل هو زعيم أولا ، وأما حديث الأنصارى فإنه يحتمل أن يكون ذلك من على أو أى فتادة إقرارا بكفالة سابقة ، فإن لفظ الإقرار والإنشاء فيهما سواء ولا عموم لحكاية الحال . ويحتمل أن يكون وهذا بالبرع ونحن نقول يجوزاه بدليل ما روى أنه عليه الصلاة والسلام « كان يقول لعلى ما فعل الديناران ؟ حتى قال يوما قضيتهما فقال : الآن بردت عليه جلسته » ولم يجبره على الأداء ، ولو كان كفالة لأجبره على ذلك . والحق أن من قال بأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة لزمه القول بطلان الكفالة عن الميت المفلس لعدم ما يضم إليه وجاحده مساهل حيث لم يثبت من الشرع جعل اللزمة للمعدومة موجودة والله أعلم . قال (ومن كفل عن رجل بألف النخ) رجل كفل عن رجل بأمره بألف عليه فقضى الأصيل الكفيل الألف قبل أن يعطى الكفيل الألف صاحب المال ، فلا يخلو إما أن يكون قضاء على وجه الاقتضاء بأن دفع المال إليه وقال إني لا آمن من أن يأخذ الطالب منك حقه فخذها قبل أن تؤدى فقبضه أو على وجه الرسالة وهو أن يقول الأصيل للكفيل خذ هذا المال وادفع إلى الطالب ، فإن كان الأول فليس للأصيل أن يرجع فيها : أى فى الألف للدفع ، وأنه باعتبار الدرهم لأنه تعلق به حق القابض وهو الكفيل على احتمال قضائه الدين فما لم يطل هذا الاحتمال بأداء الأصيل بنفسه حق الطالب ليس له أن يسرده لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز الاسترداد فيه مادام باقيا لئلا يكون سعيًا فى نقض ما أوجبه ، وهذا كمن عجل الزكاة ودفعها إلى

(قوله فالجواب أن قوله عليه الصلاة والسلام « الزعيم غارم » النخ) أقول : لو صح هذا لم يتم استدلال الحثيفة على صحة الكفالة بالنفس بهذا الحديث فليقبل (قوله ولو كان كفالة لأجبره على ذلك) أقول : فى الملازمة كلام ، فإن الإيجاب موقوف على طلب الدائن حقه (قوله والحق ، أى قوله : لعدم ما يضم إليه) أقول : لهم يقولون بضمف اللزمة بالمولد كما ذكر فى كتب الأصول لا أنها تجزى (قال المصنف فليس له أن يرجع فيها) أقول : فلتفسر المؤنث فى فيها راجع إلى الألف على تأويل الدرهم (قوله لأن الدفع إذا كان لغرض لا يجوز) أقول : قال الإجماعى : وهذا الدفع لغرض وهو أن يصير للمنفوع حقا تقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل التمسى وفيه شبه .

ولأنه ملكه بالقبض على ما ذكر ، بخلاف ما إذا كان اللغ على وجه الرسالة لأنه تمحض أمانة في يده (وإن ربح الكفيل فيه فهو لا يتصدق به) لأنه ملكه حين قبضه ، أما إذا قضى الدين فظاهر ، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ، إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ، ولهذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح ،

(أنه) أى القابض (ملكه بالقبض على ما ذكر) يريد ما ذكره بعد سطر في تعليل طيب الربح للكفيل لو عمل فيه فربح وهو قوله (لأنه ملكه حين قبضه . أما إذا قضى الدين فظاهر ، وكذا لو قضى المطلوب بنفسه) الدين ولم يقض الكفيل (وثبت) للمطلوب (الاسترداد) بما دفع للكفيل ، وإنما حكنا بشبوت ماكه إذا قضى الأصل بنفسه (لأنه) أى الكفيل (وجب له) بمجرد الكفالة (على الأصل مثل ما وجب للطالب) على الكفيل وهو المطالبة (إلا) أى لكن (أخرت مطالبة الكفيل إلى أدائه فنزل) ما للكفيل على الأصل (بمنزلة الدين المؤجل) ولو عجل المدينون الدين المؤجل ملكه الدائن بقبضه فكذا هذا (ولهذا) أى والدليل أن الكفيل حتى المطالبة متأخرا أنه (لو أبرأ الكفيل الأصل قبل أدائه) أى قبل أداء الكفيل (يصح) حتى لا يرجع على الأصل بعد ذلك إذا أدى

الساعى لأنه يسر له أن يستردها لأن اللغ كان لغرض وهو أن يصير زكاة بعد الحول ، فما دام الاحتمال باقيا ليس له الرجوع ، ولأن الكفيل ملكه بالقبض على ما ذكره ، وإن كان الثاني فليس له أن يسترده أيضا لأنه تعلق بالمودى حتى الطالب والمطلوب يبطل ذلك باسترداده فلا يقدر عليه لكنه لم يملكه لأنه تمحض في يده أمانة ، فإن تصرف الكفيل فيما قبضه على وجه الاقتضاء وربح فيه فالربح له لا يجب عليه التصديق به لأنه ملكه حين قبضه ، والربح الحاصل من ملكه طيب له لا حالة . وإنما قلنا إنه ملكه حين قبضه لأن قضاء الدين إما أن يحصل من الكفيل أو من الأصل ، فإن كان الأول فظاهر لأنه قبض ما وجب له فيملكه من حين قبضه كمن قبض الدين المؤجل معجلا ، وإن كان الثاني فلائذ وجب للكفيل على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب على الكفيل . قال في النهاية : وذلك لأن الكفالة توجب دينين : ديناً للطالب على الكفيل وديناً للكفيل على المكفول عنه ، لكن دين الطالب حال ودين الكفيل مؤجل إلى وقت الأداء من حيث تأخير مطالبته بما وجب له على المكفول عنه إلى ما بعد الأداء ، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصل رهنا بهذا المال صح بمنزلة ما لو أخذ رهنا بدين مؤجل ، ولو أبرأ الكفيل الأصل قبل الأداء إلى الطالب من الدين أو وهبه منه يجوز ، حتى لو أداه الكفيل إلى الطالب بعد ذلك لم يرجع به على الأصل . وقال : كذا ذكره الإمام قاضيه خان والإمام الهيوى ، وهذا موافق لبعض عبارة الكتاب ظاهرا ، والمسائل المستشهد بها . ولكن لا يوافق ما تقدم من أن الصحيح أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة ، فإنه على هذا التصدير الكفالة توجب للكفيل على الأصل من المطالبة مثل ما وجب للطالب على الأصل من المطالبة ، إلا أن مطالبة الطالب حالة ومطالبة الكفيل أخرت إلى وقت الأداء ، فنزل ما وجب للكفيل على الأصل من المطالبة منزلة الدين المؤجل ، ولهذا : أى لكونه نازلا منزلة لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه صح ، وكذا إذا أخذ رهنا أو وهبه منه ، وإلى هذا ذهب بعض الشارحين وجعل ضمير عليه للمكفول عنه ، ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله : أى الكفالة توجب للكفيل على الأصل من المطالبة مثل ما توجب للطالب على الكفيل من المطالبة ،

(قوله والربح الحاصل من ملكه طيب له) أقول : إذا لم يكن مانع كاف مسئلة الكفر (قوله ويجوز أن يكون للكفيل والمعنى بحاله الخ) أقول : كما في شرح الإقناع .

فكذا إذا قبضه يملكه إلا أن فيه نوع خيب نبيته فلا يعمل مع الملك فيا لا يتعين وقد قررناه في البيوع (ولو كانت الكفالة "بكر" حنطه فقبضها الكفيل فباعها وبيع فيها فالربح له في الحكم) لما بينا أنه ملكه (قال : وأجب إلى : أن يرد على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير ، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : هو له ولا يرد على الذي قضاه وهو رواية عنه ، وعنه أنه يتصدق به .

وجاز أخذ الكفيل من الأصل رهنا به قبل أدائه (فكذا إذا قبضه يملكه) يعني إذا كان بحيث يصح الإبراء منه كان بحيث يملكه إذا قبضه ، وإذا ملكه كان الربح له (إلا أي لكن استثناء منقطع (فيه نوع خيب) على قول أبي حنيفة (نبيته) عو قريب (فلا يعمل مع الملك فيمن لا يتعين) وهو الألف التي قضاه إياها لأن الدراهم لا تتعين (وقد قررناه في البيوع) في آخر فصل في أحكامه (قوله ولو كانت الكفالة "بكر" حنطه) فدفعه الأصل إلى الكفيل والباقي بحاله (فالربح له) أي الكفيل (لما بينا أنه ملكه) أي ملك الكر ، وإنما بينه في ضمن بيان أنه ملك المقبوض (قال : وأجب إلى : أن يرد على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه ، وهذا عند أبي حنيفة في لفظ الجامع الصغير) ولا شك أن ضمير قال لأبي حنيفة ، فقوله وهذا عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير إنما ذكره ليمهد لنصب الخلاف بذكر قولهما حيث لم يصرح بفاعل قال (وقالا : هو له لا يرد على وهو رواية) أخرى (عن أبي حنيفة) وهو رواية كتاب البيوع من الأصل (وعنه) أي عن أبي حنيفة (رواية) ثالثة (أنه يتصدق به)

وفيه من التحمل ماترى من تنزيل المطالبة منزلة الدين المؤجل وتملكه ما قبض بمجرده ماله من المطالبة من أن المطالبة لا تستلزم الملك كالوكيل بالخصومة أو القبض فإن له المطالبة ولا يملك ما قبض . ولعل الصواب أن يكون توجيه كلامه لأنه وجب للكفيل على المكفول عنه من الدين مثل ما وجب للطالب على المكفول عنه لا على الكفيل ، وحينئذ لا منافاة بينه وبين ما تقدم أن الكفالة ضم دمة إلى دمة في المطالبة لأن بالنسبة إلى الطالب ليس على الكفيل إلا المطالبة ، وأما أن يكون للكفيل دين على المكفول عنه مثل دين الطالب فلا ينافي ذلك فيكون الواجب عند الكفالة دينين وثلاث مطالبات : دين ومطالبة حاليين للطالب على الأصل ، ومطالبة فقط له على الكفيل بناء على أن الكفالة ضم دمة إلى دمة في المطالبة ، ودين ومطالبة للكفيل على الأصل ، إلا أن المطالبة متأخرة إلى وقت الأداء فيكون دين الكفيل مؤجلا ، ولهذا ليس له أن يطالبه قبل الأداء كما تقدم . فإن قيل : فما معنى قوله فنزل منزلة الدين المؤجل وهو مؤجل ؟ قلنا : معناه فنزل هذا الدين المؤجل منزلة دين مؤجل لم يكن بالكفالة ، وفي ذلك إذا قبضه معجلا ملكه ، فكذا هنا ، هذا ما استعنى ، والله أعلم بالصواب إلا أن فيه : أي في الربح الحاصل للكفيل يتصرفه في المقبوض على وجه الاقتضاء وقد أدى الأصل الدين نوع خيب على مذهب أبي حنيفة بينه في مسألة الكفالة بالكر وانحبس لا يعمل مع الملك فيا لا يتعين ؛ وقد قررناه في البيوع في آخر فصل أحكام البيع الفاسد . وأما إذا قضاه الكفيل فلا خيب فيه أصلا في قولهم جميعا . وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لأنه ربح من أصل خيب ، وفي قول أبي يوسف يطيب لأن الخراج بالضمان أصله المودع إذا تصرف في الوديعة وبيع فإنه على الاختلاف . قال (ولو كانت الكفالة "بكر" حنطه الخ) ما مر كان في حكم الربح فيا لا يتعين ، أما إذا كانت الكفالة فيا يتعين ككر من حنطه قبضها الكفيل من الأصل قبل أن يورث إلى الطالب وتصرف فيها وبيع فالربح له في القضاء لما بينا أنه ملكه . قال أبو حنيفة : وأجب إلى : أن يرد على الذي قضاه : يعني المكفول عنه ولا يجب ذلك في الحكم ، وهذا رواية الجامع الصغير عن أبي حنيفة رحمه الله : وفي رواية كتاب البيوع عنه : الربح له لا يتصلق به ولا يرد على الأصل ، وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما

لأنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له. وله أنه تمكن الخبث مع الملك ، إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه ، أو لأنه رضى به على اعتبار قضاء الكفيل ، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصديق في رواية ، ويرده عليه في رواية لأن الخبث لحقه ، وهذا أصح لكنه استحباب لاجبر لأن الحق له .

وهي رواية كتاب الكفالة منه (لأنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه) في ثبوت ملكه من أنه وجب له على الأصل الخ (فيسلم له . ولأن حنيئة أنه تمكن الخبث مع الملك ، إما لقصور ملكه بسبب أن الأصل (بسبيل من استرداده بأن يقضى) هو الطالب فينتقض ملك الكفيل فيما قبض (أو لأنه) إنما (رضى به) أى بملك الكفيل فيه (على اعتبار قضاء الكفيل ، فإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به) والوجه أن يعطى بالوأو فإنهما وجهان لأن الوجه أحدهما بل كل منهما ثابت ، وهو قصور الملك بسبب ثبوت تلك الخبثية وعدم رضا الأصل بملك الكفيل بما دفعه إليه إلا على ذلك التقدير وهو منتف (وهذا الخبث يعمل فيما يتعين) وهو الكر لا فيما لا يتعين كالألف مثلا (فيكون سبيله التصديق في رواية ، ويرده عليه في رواية) أخرى (وهي الأصح لأن الخبث لحق الأصل) لا لحق الشرع فبرده إليه ليصل إلى حقه (لأن الحق له) وهذا يفيد أنه يطيب له فقيرا كان أو غنيا ، وفيه روايتان ، والأوجه طيبه له وإن كان غنيا لما ذكرنا من أن الحق له (لأنه استحباب لاجبر) لأن الملك للكفيل . واعلم أنه تكرر في هذه المسئلة مقابلة الاستحباب بالحكم فقال أولا أحب إلى أن يرده ولا يجب في الحكم : أى في القضاء . وثانيا لكنه استحباب لاجبر : يعنى لا يجبر الحاكم على ذلك ، فإذا كان المراد بالاستحباب ما يقابل جبر القاضى يكون المعنى لا يجبر القاضى . ولكن يفعله هو ، ولا يلزم من عدم جبر القاضى عدم الوجوب فيما بينه وبين الله تعالى ، إذ قد عرف أن المراد بالاستحباب عدم جبر القاضى عليه فجاز أن يكون واجبا فيما بينه وبين الله تعالى ، وهو مستحب في القضاء غير مجبور عليه ، والعبارة المتقولة عن فخر الإسلام في وجه قول أبي حنيفة وهو

الله . وفي رواية كتاب الكفالة عنه أنه لا يطيب له ويتصدق به : وجه رواية كتاب البيوع وهو دليلهما أنه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه ، ومن ربح في ملكه يسلم له الربح . ووجه رواية كتاب الكفالة أنه تمكن الخبث مع الملك لأحد الوجهين : إما لأن الأصل بسبيل من الاسترداد على تقدير أن يقضى الكر بنفسه ، وإن كان كذلك كان الربح حاصلا في ملك متروك بين أن يقر وأن لا يقر ، ومثل ذلك ملك قاصر ولو عدم الملك أصلا كان خبيثا ، فإذا كان قاصرا تمكن فيه شبهة الخبث . وإما لأنه رضى به أن يكون المدفوع ملكا للكفيل على اعتبار قضائه فإذا قضاه الأصل بنفسه لم يكن راضيا به فتضمن فيه الخبث ، وهذا الخبث : أى الذى يكون مع الملك يعمل فيما يتعين وهو راجع إلى أول الكلام ، وتقديره تمكن الخبث مع الملك وكل خبث تمكن مع الملك يعمل فيما يتعين لما تقدم في البيوع ، فهذا الخبث يعمل في الكر لأنه مما يتعين والخبث سبيله التصديق فينتصدق به . ووجه رواية الجامع الصغير أن الخبث لحقه : أى لحق الذى قضاه ، فإذا رد إليه وصل الحق إلى مستحقه ، وهذا أصح لأن الحق للمكتول عنه لكنه استحباب لاجبر ؛ فإذا رد عليه فإن كان فقيرا طاب له ، وإن كان غنيا ففيه روايتان . قال الإمام فخر الإسلام : والأشبه أن يطيب له لأنه إنما رد عليه باعتبار أنه حقه ، هذا إذا قبضه على وجه الاقتضاء ، وإذا قبضه على وجه الرسالة فعلى ما تقدم من الاختلاف فيما لا يتعين عند أبي حنيفة وعحمد لا يطيب الربح للكفيل ،

(قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فعل ما تقدم من الاختلاف الخ) أقول : يعنى ما تقدم بنصف صحيفة وهو قوله وإذا قبضه على وجه الرسالة فالربح لا يطيب له .

قال (ومن كفل عن رجل بألف عليه فأمره الأصيل أن يتعين عليه حرياً ففعل فالشراء للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه) ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن يستقرض من تاجر عشرة فيتأني عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بنجمة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة لبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل عليه خمسة : سمي به لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين ، وهو مكروه لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة للدهم والبخل . ثم قيل :

الاستحسان . قال : ووجه الاستحسان أن ما قبضه الكفيل مملوك له ملكاً فاسداً من وجه ، فإن للأصيل استرداده حال قيام الكفالة بقضائه بنفسه ، واسترداد المقبوض حال قيام العقد حكم ملك فاسد كما في البيع الفاسد ، وإنما قلنا حال قيام الكفالة لأن الكفالة لا تبطل بأداء الأصيل ولكن تنهى كما لو أدى الكفيل بنفسه ، فكان المقبوض ملكاً فاسداً من وجه صحيحاً من وجه ، ولو كان فاسداً من كل وجه بأن اشترى مكبلاً أو موزوناً ملكاً فاسداً وبيع فيه يجب التصديق بالربح أو الرد على المالك ، لأن الخبث كان لحقه فيزول بالرد عليه ، كالتغاصب إذا أجز المفضوب ثم رده فإن الأجر له يتصدق به أو يرده على المفضوب منه ، فكذا في الملك الفاسد من كل وجه ، ولو كان الملك صحيحاً من كل وجه لا يجب التصديق بالربح ولا رده ، فإذا فسد من وجه وصح من وجه يجب التصديق أو الرد على الأصيل علماً بالشبهين بقدر الإمكان ظاهرة في وجوب رده فيما بينه وبين الله تعالى أو التصديق به ، غير أنه ترجح الرد ، هذا كله إذا أعطاه على وجه القضاء ، فلو أعطاه على وجه الرسالة إلى الطالب فصرف وبيع صار محمد مع أبي حنيفة في أنه لا يطيب له الربح وطالب له عند أبي يوسف لما عرف فيمن غضب من إنسان مالا وبيع فيه يتصدق بالفضل في قولهما لأنه استفاده من أصل خبيث ويطيب له في قول أبي يوسف مستنداً بمحدث والخراج بالضمارة) قوله (ومن كفل عن رجل بألف عليه فأمر الكفيل) (الأصيل أن يتعين عليه حرياً) أي أن يشتري له حرياً بطريق العينة وهو أن يشتري له حرياً بشئ هو أكثر من قيمته لبيعه بأقل من ذلك الثمن لغير البائع ثم يشتريه البائع من ذلك الغير بالأقل الذي اشتراه به ويدفع ذلك الأقل إلى بائعه فيدفعه بائعه إلى المشتري المديون فيسلم الثوب البائع كما كان ويستفيد الزيادة على ذلك الأقل ، وإنما وسطا الثاني نحرزاً عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن ، وأما تفسيره بأن يستقرض فيأني المقرض إلا أن يبيعه عينا تساوي عشرة مثلاً في السوق بائني عشر فيفعل فيربح البائع درهمين رغبة عن القرض المنسوب إلى البخل وتحصيل غرضه من

وعند أبي يوسف رحمه الله بطيب . قال (ومن كفل عن رجل بألف الخ) إذا أمر الأصيل الكفيل أن يعامل إنساناً بطريق العينة ، وفسره المصنف بأن يستقرض من تاجر عشرة فيتأني عليه ويبيع منه ثوباً يساوي عشرة بنجمة عشر مثلاً رغبة في نيل الزيادة لبيعه المشتري المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة ففعل الكفيل ذلك فالشراء واقع له والربح الذي ربحه البائع عليه لا على الأصيل ، وسمى هذا البيع عينة لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين ، وهو مكروه لأن فيه الإعراض عن مبرة الإقراض مطاوعة للبخل الذي هو مضموم ، وكان الكره حصل من الممموع ، فإن الإعراض عن الإقراض ليس بمكروه ، والبخل الحاصل من طلب الربح في التجارات كذلك ، ولأن كانت المراجعة مكروهة ، وإلا لزم الربح للكفيل دون الأصيل لأنه إما كفالة فاسدة على ما قيل نظراً إلى قوله على فإنه كلمة ضمان لكنه فاسد لأن الكفالة والضمان إنما يصح بما هو مضمون على الأصيل والخسران ليس بمضمون على أحد فلا يصح ضمانه ، كرجل قال لآخر بيع متاعك في هذا السوق على أن كل وضيفة وخسران يصيبك فأنا ضامن

(قوله وعند أبي يوسف بطيب) أقول : يخالف لما في شرح الكنز قيل من أنه إذا ضاع إليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق فليطلب التفصيل ثم لا أن يكون من أبي يوسف فيه روايتان .

هذا ضمان لما ينخر المشتري نظرا إلى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل. وقيل هو توكيل فاسد لأن الحرير غير متعين، وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين، وكيفما كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح : أى الزيادة عليه لأنه العاقد .

الربا بطريق المواضعة فى البيع فلا يصح هنا ، إذ ليس المراد من قوله تعين على تحرير اذهب فاستقرض فإن لم يرض المستول أن يقرضك فاشتر منه الحرير بأكثر من قيمته ، بل المقصود اذهب فاشتر على هذا الوجه ، فإذا فعل الكفيل ذلك كان مشتريا لنفسه والمالك له فى الحرير والزيادة التى ينخرها عليه لأن هذه العبارة حاصلها (ضمان لما ينخر المشتري نظرا إلى قوله على) كأنه أمره بالشراء لنفسه فما خسر فعلى ، وضمان الخسران باطل لأن الضمان لا يكون إلا بمضمون والخسران غير مضمون على أحد ، حتى لو قال بايع فى السوق على أن كل خسران ياحقك فعلى أو قال لمشتري العبد إن أبى عبك هذا فعلى لا يصح (وقيل هو توكيل فاسد) ومعنى على منصرف إلى الثمن ، فإذا كان الثمن عليه يكون المبيع له فأغنى عن قوله لى فهو توكيل لكنه فاسد لأنه غير معين مقداره ولا ثمنه فلا تصح الوكالة ، كما لو قال اشترى حنطة ولم يبين مقدارها ولا ثمنها ، ولو فرضنا أن الثمن معلوم بينهما وهو قدر ما يقع به الإيفاء كان الحاصل اشترى حريرا يكون ثمنه الذى تتبعه به فى السوق قدر الدين الذى عيناه وهو لا يعين قدر ثمن الحرير الموكل بشرائه بل ما يباع به بعد شرائه لأن الزائد على القدر الذى يقع به الإيفاء غير معلوم (وكيفما كان) توكيلا فاسدا أو ضمنا باطلا (يكون الشراء للمشتري وهو الكفيل والربح أى الزيادة) التى ينخرها (عليه) لأنه العاقد) ومن صور العينة أن يقرضه مثلا خمسة عشر ثم يبيعه ثوبا يساوى عشرة بخمسة عشر وبأخذ الخمسة عشر القرض منه فأم يخرج منه إلا عشرة وثبت له خمسة عشر : ومنها أن يبيع متاعه بألفين من المستقرض إلى أجل ثم يبعث متوسطا يشترى بنفسه بألف حالة ويقبضه ثم يبيعه من البائع الأول بألف ثم يحيل المتوسط بانه على البائع الأول بألفين الذى عليه وهو ألف حالة فيبلغها إلى المستقرض ويلأخذ منه ألفين عند الحلول . قالوا : وهذا البيع مكروه لقوله صلى الله عليه وسلم : « إذا تبايعم بالعين وتبعتم أذئاب البقر ذلألم وظهر عليكم عدوكم » والمراد باتباع أذئاب البقر الحرث للزراعة لأنهم حينئذ يتركون الجهاد وتآلف النفس الجبن . وقال أبو يوسف : لا يكره هذا البيع لأنه فعله كثير من الصحابة وحملوا على ذلك ولم يعلوه من الربا ، حتى لو باع كاغدة بألف يجوز ولا يكره .

به لك فإنه غير صحيح ، وأما وكالة فاسدة نظرا إلى قوله تعين : يعنى اشترى حريرا يمينه ثم به بالنقد بأقل منه واقتضى ديني ، وفسادها باعتبار أن الحرير غير متعين : أى غير معلوم المقدار والثمن كذلك . فإن قيل : الدين معلوم والمأمور به هو مقداره فكيف يكون الثمن مجهولا ؟ أجاب بقوله لجهالة ما زاد على الدين فإنه داخل فى الثمن ، وإذا فسدت الكفالة أو الوكالة كان المشتري للمشتري وهو الكفيل والربح : أى الزيادة على الدين عليه لأنه هو العاقد . ومن الناس من صور للعينة صورة أخرى وهو أن يجعل المقرض والمستقرض بينهما ثالثا فى الصورة التى ذكرها فى الكتاب فيبيع صاحب الثوب الثوب بائى عشر من المستقرض ثم إن المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب إليه ثم يبيع الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويأخذ منه عشرة ويلدغه إلى المستقرض فتندفع حاجته ، وإنما توسط ثالث احترازا عن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن . ومنهم من صور بغير ذلك وهو مله وم اختارعه أكالة الربا ، وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال : « إذا تبايعم بالعين واتبعت أذئاب

(قوله وهو معلوم) (ليع) أقول : لو صح ذلك تكون الزراعة منقومة أيضا .

قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البيعة على الكفيل بأن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل بيته) لأن المكفول به مال مقضى به وهذا في لفظة القضاء ظاهر ، وكذا في الأخرى لأن معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء أو بال يقضى به وهذا ماض أريد به المستأنف كقوله : أطال الله بقاءك ، فالدعوى مطلق عن ذلك فلا تصح .

وقال محمد رحمه الله : هذا البيع في قلبي كأمثال الجبال ذمم اخترعه أكلة الربا ، وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إذا تبايعتم بالعين وتبايعتم بالبقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم ، أي اشتغلتم بالخرث عن الجهاد وفي رواية : سلط عليكم شراركم فيدعوا خياركم فلا يستجاب لكم ، وقيل : إياك والعينة فإنها لعينة . ثم ذموا البياعات الكائنات الآن أشد من بيع العينة ، حتى قال مشايخ بلغ منهم محمد بن سلمة بياح للتجار : إن العينة التي جاءت في الحديث خير من بيعاتكم ، وهو صحيح ، فكثير من البياعات كالزيت والعسل والشيرج وغير ذلك استقر الحال فيها على وزنها مظهر وقت ثم إسقاط مقدار معين على الطرف وبه يصير البيع فاسدا ، ولا شك أن البيع الفاسد يحكم الغصب المحرم فأين هو من بيع العينة الصحيح المختلف في كراهته ، ثم الذي يقع في قلبي أن ما يخرج به الدافع إن فعات صورة يعود فيها إليه هو أو بعضه يعود الثوب أو الحرير في الصورة الأولى ، وكعود العشرة في صورة إقراض الخمسة عشر فكروه ، وإلا فلا كراهة إلا خلافاً الأولى على بعض الاحتمالات كان يحتاج المديون فيأبى المسئول أن يقرض بل أن يبيع ما يساوى عشرة بخمسة عشر إلى أجل فيشتره المديون وبيعه في السوق بعشرة حالة ، ولا بأس في هذا فإن الأجل قابله قسط من الثمن والقرض غير واجب عليه دائماً بل هو مندوب ، فإن تركه بمجرد رغبة عنه إلى زيادة الدنيا فكروه أو لعارض يعذر به فلا ، وإنما يعرف ذلك في خصوصيات المواد ، وما لم ترجع إليه العين التي خرجت منه لا يسمى بيع العينة لأنه من العين المسترجعة لا العين مطلقاً وإلا فكل بيع بيع العينة) قوله (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام) رجل (بيعة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لا يقبل) القاضى هذه البيعة ولا يقضى بها لأنه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم ، إذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصماً عنه لأنه إنما كفل عنه بمال مقضى بعد الكفالة ، لأنه وإن كان ماضياً فالمراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك ، وهذا لأنه جعل الثوب شرطاً والشرط لا بد من كونه مستقبلاً على خطر الوجود ، فما لم يوجد الثوب بعد الكفالة لا يكون كفيلاً (والدعوى مطلق عن ذلك) والبيعة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم تهم على من اتصف بكونه كفيلاً عن النائب بل على أجنبي إذ لا ينتصب خصماً (وهذا في لفظة القضاء ظاهر ، وكذا في الأخرى) وهي لفظة ذاب (لأن معنى ذاب تقرر) ووجب (وهو بالقضاء) بعد الكفالة ، حتى لو ادعى أنى قدمت النائب إلى قاضى كذا وأقامت عليه بيعة بكذا

البقر ذلتم وظهر عليكم عدوكم ، وقيل : إياك والعينة فإنها لعينة . قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه الخ) رجل كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام المدعى البيعة على الكفيل أن له على المكفول عنه ألف درهم لم تقبل البيعة حتى يحضر المكفول عنه لأن قبولها يعتمد صحة الدعوى ، ودعواه هذه غير صحيحة لعدم مطابقتها بالمكفول به وذلك لأن المال المكفول به إما مال مقضى به على الأصيل للدلالة لما قضى بصراحة عبارته ودلالة ما ذاب باستازامه على ذلك فإن معنى ذاب تقرر والتقرر إنما هو بالقضاء والدعوى مطلق

(قوله لعدم مطابقتها الخ) أقول : في هـ .

(ومن أقام البينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفييل عنه بأمره فإنه يقضى به على الكفييل وعلى المكفول عنه، وإن كانت الكفالة بغير أمره يقضى على الكفييل خاصة)

بعد الكفالة وقضى لى عليه بذلك وأقام البينة على ذلك صار كفيلا ، وصحت الدعوى وقضى على الكفييل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره ، إلا أنه إذا كانت بغير أمره يكون القضاء على الكفييل خاصة . وقلعنا من مسائل الذنوب ونحوه عند مسئلة تعليق الكفالة بالشرط ، ولو ضمن نحن ماباعه أو دابنه أو أقرضه فغاب المطلوب فيرهن الطالب على الكفييل أنه كفيل به وقد دابنه أو أقرضه بعده وجحد الكفييل ذلك قضى على الكفييل والغائب بلا خلاف ، لأن الضمان مقيد بصفة ولا يمكن القضاء به إلا بعد القضاء على الغائب فينصب الكفييل خصما عنه فيقع القضاء عليهما (قوله ومن أقام البينة) صورتها في الجامع . وقال يعقوب ومحمد رحمهما الله : إذا كفّل عن رجل مال مؤجل بأمر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفييل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وأن هذا كفّل له بأمر فلان عن فلان فإني أقضى بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب ، فإن كانت الكفالة بغير أمر الغائب قضيت بالمال على الكفييل ولم يكن الكفييل بخصم

عن ذلك فلا مطابقة بينهما ، وإما مال يقضى به يجعل لفظ الماضي بمعنى المستقبل كقوله : أطال الله بقاءك فهو وإن كان ضعيفا لأن إرادة معنى المستقبل من لفظ الماضي خلاف الظاهر لا يصار إليه إلا لنكتة تتعلق بعلم البلاغة غير مطابق لدعواه لإطلاعها وتفيد المكفول به ، حتى قيل إن ادعى على الكفييل أن قاضى بلد كذا قضى له على الأصيل بعد عقد الكفالة بألف درهم وأقام على ذلك بينة قبلت بيته لوجود المطابقة حينئذ ، والشارحون ذهبوا في تعليل هذه المسئلة إلى أن المكفول به مال قضى أو يقضى به بعد الكفالة والمدعى يدعى ألفا يصح أن يكون قبل عقد الكفالة وبعده فلا يدخل تحت الكفالة بالشك ، وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك أصلا كما ترى ، والتعليل بدون ذلك صحيح لأن المكفول به إما مال مقضى ولم يدعه ، أو مال يقضى به ومع غيبة الأصيل لا يصح لكونه قضاء على الغائب فلا تكون الدعوى صحيحة فلا تقبل البينة ، ومن أقام البينة أن له على فلان ألف درهم وأن هذا كفيل عنه بأمره قضى به على الحاضر والغائب جميعا ، وإن ادعى الكفالة بغير أمره قضى به على الحاضر خاصة وهاهنا يحتاج إلى ثلاثة فروق ذكر المصنف منها اثنين : أحدهما أن البينة قبلت هاهنا دون ماتقدم ، لأن

(قوله فهو وإن كان ضعيفا الخ) أقول : لا يمتنع عليك أن حكه بالصف لا يوافق المسئلة الآتية بعد مطرين ، ولعل تصديرها بصيغة التقريرض إشارة إلى ذلك (قوله فلا يدخل تحت الكفالة بالشك) أقول : لو صح هذا لم يتم الجواب في المسئلة التي مرت آنفا لكان الشك (قوله وليس في لفظ المصنف ما يدل على ذلك) أقول : وليس فيه ما يأتي عنه (قوله أو مال يقضى به) أقول : ولم يدعه أيضا كما لا يخفى (قوله ومع غيبة الأصيل لا يصح) أقول : وليس في كلام المصنف ما يدل على ذلك أيضا كما لا يخفى (قوله لكونه : قضاء على الغائب الخ) أقول : قال الحنفى الشهير يعقوب باشا فيه : إن القضاء على الغائب صحيح فيحل هذه المسئلة . قال في القصول العمادية : إذا ادعى رجل أنه كفّل من فلان بما يتوب له عليه فأنكر للمضى عليه الكفالة وأنكر الحق وأقام للمضى البينة أنه ذاب له حل فلان كذا فإنه يقضى به في حق الكفييل الحاضر وفي حق الغائب جميعا ، حتى لو حضر الغائب وأنكر لا يلتزم إلى إنكاره انتهى . ونحن نقول : يمكن أن يجاب عنه بأن يقال : إن الكفييل يكون هناك خصما ، بخلاف ما نحن فيه . ويؤيد هذا الجواب ما ذكره العلامة الكاكي في شرحه حيث قال : لأنه كفّل بما قضى له على الأصيل بعد الكفالة فإلّا لم يصح المال مقضيا به حل المكفول عنه لا يكون الكفييل كفيلا فلا يكون خصما ، ولا يمكن القضاء على الأصيل بهذه البينة حال غيبته لأنه لا يكون قضاء على الغائب ، وهو لا يصح عندنا وأحد ، ويصح عند الشافعى ومالك ، ولذلك توقف قبول البينة والقضاء على المكفول منه إلى أن يضر حتى يكون الكفييل بالدين المقضى به على الأصيل كما شرط في عقد الكفالة ، ألا يرى أنه لو أقر الكفييل على الأصيل بمال الغائب لا يلزمه إذا حضر الأصيل ، وإذا حضر الأصيل ونفى عليه فيمنعته يلزم الكفييل الخ .

وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق ، بخلاف ما تقدم . وإنما يختلف بالأمر وعلمه لأتباعهما بتفاريان ، لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء ، فبدعوا أحدهما لا يقضى له بالأخر ، وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره . وهو يتضمن

عن الغائب انتهى . يعنى فلا يقع القضاء على الأصل ، وإنما خص قولهما بالذكر لأنه لم يحفظ عن أى حنفية نصا لأن فى المسئلة اختلاف (وإنما قبلت) هذه البيعة ولم تقبل فيها قبلها (لأن المكفول به) هنا (مال مطلق) ودعوى المدعى مطلقة أيضا فصحت فقبلت البيعة لأتباعها بناء على صحة الدعوى (بخلاف ما قبلها) لأن المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وإن كان مقيدا بخصوص كمية ولم يطابقها دعوى للمدعى ولا البيعة (وإنما اختلف) القضاء بالأمر وعلمه (حتى يقع القضاء عليهما فى الأمر فيرجع الكفيل ، ولو حضر الغائب لاحتاج إلى إقامة البيعة عليه بالمال لأنه قد قضى عليه به وعلى الكفيل وحده إذا لم يكن أمر فلا يرجع (لأتباعها) أى الكفالة بالأمر وبغير الأمر (بتفاريان لأن الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فدعوا أحدهما) وهو مجرد التبرع ابتداء وانتهاء (لا يقضى له بالأخر) وهو المعامضة ليثبت له الرجوع ويكون الغائب مقضيا عليه (وإذا قضى بها) أى بالبيعة (بالأمر ثبت أمره) أى أمر المكفول عنه (وأمره يتضمن

المكفول به هاهنا مال مطلق عن التوصيف لكونه مقضيا به أو يقضى به فكانت الدعوى مطابقة للمدعى به فصحت وقبلت البيعة لاقتنائها على دعوى صحيحة ، بخلاف ما تقدم كما مر . ومن الفرق بينهما أن هناك لوصدقة فقال قد كفلت لك بما ذاب لك عليه : أى بما قضى لك عليه ولكن ليس لك عليه شيء لم يلزمه شيء من المال ، وهاهنا لو قال كفلت لك عنه بألف درهم لكن ليس لك شيء لم يلتزم إليه . والثانى الفرق بين الكفالة بأمر والكفالة بغير أمر مع أن القضاء على الغائب لا يجوز فكان الواجب عدم التفرقة فى أن لا يكون الكفيل خصما عن الأصل بين أن يكون بأمر وبين أن يكون بغيره . ووجه ذلك ما ذكره بقوله لأتباعهما بتفاريان لأن الكفالة بأمر تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء ، وكل ما كانا كذلك فهما غيران لامعالة ، وإذا ثبت ذلك فدعوا أحدهما لا يقضى له بالأخر لأن الحاكم إنما يقضى بالسبب الذى يدعى المدعى ، ألا ترى أنه لو ادعى الملك بالشراء لا يجوز له القضاء بالهبة وإن كان حكمهما واحدا وهو الملك ، فإذا ادعى المدعى الكفالة بالأمر وقضى بالكفالة بالأمر بيعة ثبت أمره بحجة كاملة ، والأمر بالكفالة يتضمن الإقرار بالمال فيصير مقضيا عليه ، فلو حضر الغائب بعد ذلك لاحتاج إلى إقامة البيعة عليه ، وإذا ادعاه بغير أمره فلها لاثمس جانب الغائب ، إذ ليس من ضرورة وجوب المال على الكفيل وجوبه على الأصل لأنه : أى الشأن أن همة الكفالة بغير أمر تعتمد قيام الدين فى زعم الكفيل ، حتى لو قال فلان على فلان ألف درهم وأنا به كفيل وجب المال عليه ، وإن لم يجب على الأصل شيء فلا يعدى الدين عن الكفيل إلى الأصل . والفرق الثالث بين ما نحن فيه من المسئلة وبين ما إذا أقيم فادعى على رجل أنه كفيل له عن فلان بكل مال له قبله ولم يفسر ، وأقام على ذلك بيعة أن له على الغائب ألف درهم كانت له قبل الكفالة فإنه يقضى بها على الكفيل والأصل سواء ادعى الكفالة بأمر أو بغيره . ووجهه أن الحاضر إنما ينصب خصما عن الغائب إذا لم يمكن إثبات ما يدعى على الحاضر إلا بإثبات ما يدعى على الغائب ، والكفالة إذا كانت بمعلوم أمكن القضاء عليه بلون القضاء على الأصل لأنه معلوم ومعروف بذاته ، وإذا كانت بمجهول لا تنصح ما لم يكن على الأصل لأن المجهول يحتاج إلى التعريف ، والتعريف إنما يحصل بما كان على

الإقرار بالمال فيصير مقضياً عليه ، والكفالة بغير أمره لا تمس جانبه لأنه تعتمد صحتها قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إليه ، وفي الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر . وقال زفر رحمه الله : لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فيظلم ما زعمه .

لإقرار الأصيل بالمال (إذ لا يأمر غيره بقضاء ما عليه إلا وهو معترف بأن عليه للمقضى له ديناً (فيصير مقضياً عليه بخلاف الكفالة بغير أمره) فلأنها (لا تمس جانبه) أى جانب الأصيل (لأن صحة الكفالة) بلا أمر المكفول (إنما تعتمد قيام الدين في زعم الكفيل فلا يتعدى إلى الأصيل) إذ زعمه لا يلزم غيره (ثم في الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الأمر) حيث ثبت الأمر (وقال زفر رحمه الله : لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره) وهو الأصيل (ونحن نقول) قد (صار) الكفيل في إنكاره الدين على الأصيل (مكذبا شرعا) بقيام البينة بخلافه (فيبطل زعمه) فيثبت حكم الكفالة بالأمر ، وهذا كمن اشترى عبداً واعترف بأنه ملك البائع ثم استحق بالبينة فإنه يرجع على البائع بثمنه وإن كان معترفاً بأن البائع ظلم . واستشكل عايه قول محمد فيمن اشترى عبداً فباعه فرد عليه ببيع بالبينة بعد إنكاره العيب ؛ فعند محمد لا يرد على بائعه خلافاً لأبي يوسف فلم يبطل زعمه بالتقصض بالبينة . أوجب بأنه إنما لا يرد لأن قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضى ، والقاضى إنما كذبه في قيام العيب عند البيع الثاني دون الأول لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس شرطاً لرد على الثاني . وفي الجامع الكبير جعل المسئلة على أربعة أوجه فقال : إما أن تكون الكفالة مطلقة نحو أن يقول كفلت بمالك على فلان ، أو مقيدة نحو أن يقول كفلت لك عن فلان بألف درهم ، وكل وجه على وجهين : إما أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه أو بغير أمره فإن كانت مطلقة فالتقصض على الكفيل قضاء على الأصيل سواء كانت بأمره أو بغير أمره لأن الطالب لا يتوصل إلى إثبات حق الكفيل إلا بعد إثباته على الأصيل لما ذكرنا أن القول قول الكفيل أنه ليس للطالب على الأصيل شيء ، وإذا كان كذلك صار الكفيل خصماً عنه وإن كان غائباً . والمذهب عندنا أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا إذا ادعى على الحاضر حقاً لا يتوصل إليه إلا بإثباته على الغائب . قال مشايخنا : وهذا طريق من أراد إثبات الدين على الغائب من غير أن يكون بين الغائب والكفيل اتصال . وكذا إذا خاف الطالب موت الشاهد يتواضع مع رجل ويدعى عليه مثل هذه الكفالة فيقر الرجل بالكفالة وينكر الدين فيقيم المدعى البينة على الدين فيقضى به على الكفيل والأصيل ثم يبرأ الكفيل ، وكذا الحوالة على هذه الوجوه ، وكذا كل من ادعى حقاً

الأصيل فيصير كأنه قال إن كان لك على فلان مال فأنا كفيل فأثبت المدعى ، وسياق تمام ذلك (قوله وفي الكفالة بأمر) يجوز أن يكون فرقاً آخر بين ما إذا أقام البينة على الكفالة بأمر وبين ما إذا أقام عليها بغيره ، فإن الثابت بالبينة كالثابت عياناً ، ولو ثبتت الكفالة بالأمر عياناً رجع الكفيل بما أدى على الأصيل فكذا إذا ثبتت بالبينة . وقال زفر : لما أنكر الكفيل الكفالة فقد زعم أن الطالب ظلمه والمظلوم لا يظلم غيره . وقلنا : لما قضى القاضى عليه صار مكذبا شرعا فيبطل ما زعمه ؛ كمن اشترى شيئاً وأقر بأن البائع باع ملك نفسه ثم جاء إنسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع بالبينة على البائع بالتمسك لأن الشرع كذبه في زعمه . ونوقض بما قال محمد فيمن اشترى عبداً فباعه ورد عليه ببيع بالبينة بعد ما أنكر العيب به ثم أراد أن يرد على بائعه لم يكن له ذلك عند محمد رحمه الله خلافاً لأبي يوسف حيث لم يبطل زعمه مع أن القاضى لما قضى عليه بالرد للعيب كذبه في زعمه . وأوجب بأنه إنما لم يكن له أن يرد على بائعه لأن قوله لا عيب فيه نفي للعيب في الحال والماضى والقاضى إنما كذبه في قيام العيب عند

قال (ومن باع دارا وكفّل رجل عنه بالدرك فهو تسليم) لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فإمّنه بقبوله ، ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته ، وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل الإقرار بملاك البائع .

لا يثبت على المدعي عليه إلا بالقضاء على الغائب يكون الحاضر خصما عن الغائب ؛ كمن قذف رجلا فادعى المقلوب الحد فقال القاذف قد خذته وهو عبد فأقام المقلوب عليه بينة أنه كان عبدا فلان وأنه أعتقه قضى بعتقه على فلان لأنه ادعى حقا وهو الحد لا يتوصل إلى إثباته إلا بإثبات العتق فصار القاذف خصما عن فلان سيد العبد الغائب ويثبت القضاء عليه ، وكذا عيد مأذون عليه دين فقال رجل لصاحب الدين أنا ضامن لدينك إن أعتقه مولاه فأعتقه ثم أقام صاحب الدين بينة أن مولاه أعتقه بعد كفالة الكفيل وإن كان فيه قضاء على الغائب وقضاء للغائب ، وهذا كله استحسان استحسنه علماؤنا صيانة للحقوق (قوله ومن باع دارا فكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم) وقد بينا أن ضمان الدرك هو قبول الثمن عند استحقاق المبيع ، وقوله تسليم : أى تصديق من الكفيل أن المبيع ملك البائع ، فلو ادعاه لنفسه لا تسمع دعواه ، إذ لو صح رجوع المشتري بالثمن على الكفيل يحكم الكفالة فلا يفيد . وأيضا (فالكفالة إن كانت مشروطة في البيع) بأن باع بشرط أن يكفل له (فإمّنه بقبوله) أى بقبول الكفيل (ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم به) ولهذا تبطل شفيعته لو كان الكفيل شفعيا (وإن لم يكن) أى عقد الكفالة (مشروطا فيه فالمراد به أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه إلا بالكفالة) تسكين لقباه (فينزل) عقد الكفالة (منزلة الإقرار بملاك البائع) (ولا كان تغريرا فلا يصح دعواه إياه أصلا بعد ذلك هذا إذا كفل ، فأما إذا لم يكفل ولكن شهد على البيع ثم ادعاه بعد شهادته إن كان رسم مكتوبا على الصك وفى الصك ما يفيد الاعتراف بملاك البائع مثل باع فلان بن فلان جميع الدار البخارية فى ملكه يبيع بآنا نافلا ثم كتب بملك أو كتب جرى ذلك فلكذلك لا تسمع دعواه لها ، وإن لم يفد ذلك مثل أن يكتب فى الصك باع فلان من فلان جميع الدار أو أقرّ بالبيع بخضرتى والشراء ثم كتب شهدت بملك أو كتب جرى ذلك لا تمنع دعواه فيها ، فلعلة كتب الشهادة ليحفظ

البيع الثانى دون الأول لأن قيام العيب عند البيع الأول ليس بشرط للرد على الثانى فافترقا . قال (ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك الخ) ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك وهو الشيعة على مامر ، والمراد قبول رد الثمن عند استحقاق المبيع فهو تسليم : أى تصديق من الكفيل بأن الدار ملك البائع ، فلو ادعى الدار بعد ذلك لنفسه على المشتري لا تسمع دعواه لأن الكفالة إما أن تكون مشروطة في البيع أو لا ، فإن كان الأول وهو شرط ملائم للعقد إذ الدرك يثبت بلا شرط كفالة والشرط يزيده وكادة فإمّنه بقبول الكفيل فكأنه هو الموجب للعقد ، فالدعوى بعد ذلك منه سعى في نقض ما تم من جهته وهو باطل ، ولهذا لو كان الكفيل شفعيا بطلت شفيعته وبطلان السعى في نقض ما تم من جهته من مسلمة هذا الثمن لا يقبل التشكيك بالإقالة ونحوها فلنأخذ بصحة وإن كان طلبا سعيًا في نقض ما تم من جهة الطالب على أن المراد بالنقض ما يكون بغير رضا المتضمن والإقالة ليست كذلك فهى فسخ لا نقض ، وإن كان الثانى فالمراد بالكفالة أحكام البيع وترغيب المشتري لأجل أن لا يرغب المشتري فى شراء المبيع عمارة الاستحقاق فكفل تسكين لقباه فصار كأنه قال اشتر هذا الدار ولانبال فلنأخذ بملاك البائع ، فإن أدركك دوك فأنا ضامن ، وذلك إقرار بملاك البائع ، ومن أقرّ بملاك البائع لا تصح دعواه بعد

(قوله وبطلان السعى في نقض ما تم الخ) أنكر : فيه تأمل .

قال (ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه) لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع ولا هي بإقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم، قالوا : إذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو يبيع بائنا نافذاً وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم ، إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين .

← (فصل في الضمان)

قال (ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع رب المال فالضمان باطل) لأن الكفالة التزام المطالبة وهي إليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا لنفسه ،

الحادثة ليسعي بعد ذلك في تثبيت البينة ، وقوله (وختم) هو أمر كان في زمانهم إذا كتب اسمه في الصك جعل اسمه تحت رصاص مكتوب ووضع نقش خاتمه كي لا يطرقة التبديل ، وليس هذا في زماننا .

(فصل في الضمان)

الضمان هو الكفالة لكن لما كانت هذه المسائل مسائل الجامع الصغير وذكر في بلفظ الضمان أو ردها مترجمة بذلك (قوله ومن باع لرجل ثوبا) اللام في لرجل لام المالك : أي باع ثوبا هو لرجل بطريق الوكالة عنه في بيعه (وضمن) الوكيل (له) أي للرجل المالك (الثمن أو مضارب ضمن ثمن متاع لرب المال فالضمان باطل لأن الكفالة) وهي الضمان (الزام المطالبة والمطالبة إليهما) أي إلى الوكيل والمضارب (فيصير كل منهما ضامنا لنفسه) فيصير مطالبا مطالبا ، وهذا لأن حقوق العقد ترجع إليهما ، حتى لو سلف المشتري ما للموكل عليه دين

ذلك ، وإنما قال فنزل منزلة الإقرار لأنه يتول إليه في المعنى . قال (ولو شهد وختم الخ) لو شهد الشاهد على بيع الدار وختم شهادته بأن كتب اسمه في الصك وجعل اسمه تحت رصاص مكتوبا ووضع عليه نقش خاتمه حتى لا يجرى عليه التزوير والتبديل ، كذا ذكره خمس الأئمة الحلواني ولم يكفل لم يكن ذلك تسليما وهو على دعواه قبل قوله وختم وقع اتفاقا باعتبار عرف كان في زمانهم ولم يبق في زماننا ، فإن الحكم لا يفتاوت بين أن يكون فيه ختم أو لا ، فإن ادعى لنفسه تسمح دعواه وتقبل شهادته لغيره أيضا لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع لعدم الملامة ولا هي بإقرار بالملك لأن البيع تارة يوجد من المالك وأخرى من غيره ، فالشهادة على أنه باع لا تكون إقرارا بأنه باع ملكه ، ولعله إنما كتب الشهادة ليحفظ الحادثة ، بخلاف ما تقدم من ضمان الدرك فإنه إقرار بالملك لما تقدم . قال مشايخنا : ما ذكر أن الشهادة على البيع لا تكون تسليما محمول على ما إذا لم يكتب في الصك ما يوجب صحة البيع ونفاذه ، مثل أن يكون المكتوب فيه باع فلان أو جرى البيع بين فلان وفلان فشهد على ذلك ، وكتب شهد فلان البيع أو جرى البيع بمشهدى ، وأما إذا كتب فيه ما يوجب صحته ونفاذه مثل أن يقول باع فلان كذا وهو يملكه ، وكتب الشاهد شهد بذلك فإنه تسليم فلا تصح دعواه إلا أن يشهد على إقرار المتعاقدين فإنه ليس بتسليم وإن كان المكتوب في الصك ما يدل على الصحة والنفاذ .

(فصل في الضمان)

(ومن باع لرجل ثوبا الخ) الضمان والكفالة في هذا الباب بمعنى واحد ، ولما كان مسائل الجامع الصغير

(فصل في الضمان)

ولأن المال أمانة في أيديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فبرّد عليه كاشتراطه على المودع والمستعير (وكذا رجلا ن باعا عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن) لأنه لو صح الضمان مع الشركة يصير ضمانا لنفسه ، ولو صح في نصيب صاحبه خاصة يؤدى إلى قسمة الدين قبل قبضه ولا يجوز ذلك ،

بر ، ولو حلف ما للوكيل عليه شيء حدث ، بخلاف الوكيل بالنكاح عن المرأة حيث يصح ضمانه المهر لها عن الزوج لأنه سفير لا ترجع إليه حقوق العقد فليس له المطالبة بالمهر على ما سلف فلا يصير ضمانا لنفسه (ولأن المال في يد كل من الوكيل والمضارب أمانة) فلا يصير مضمونا عليهما ولا يصح الضمان لاستلزامه تغيير حكم الشرع وصار (كاشتراط الضمان على المودع والمستعير وكذلك) أى لا يصح الضمان أيضا فيما (إذا باع رجلا ن عبدا) مثلا بينهما (صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن ، لأنه لو صح الضمان مع الشركة) بأن ضمن نصف الثمن مطلقا (يصير ضمانا لنفسه) لأن كل جزء من الثمن مشترك بينهما فما يستحق بنصيب أحدهما فلا تخبر أن يشاركه فيه ، فما يؤديه الضامن للشريك يكون بينه وبين المضمون له ، فكان له الرجوع بتصفه على الشريك فإذا رجع بطل حكم الأداء في مقداره ما وقع الرجوع فيه ويصير كأنه ما أدى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وتم إلى أن لا يبقى شيء أو يبقى الجزء الذى لا يتجزأ فظهر لزوم بطلان الضمان من حيث صح (ولو كان ضمن نصيب شريكه خاصة يؤدى إلى قسمة الدين قبل قبضه وهو لا يجوز) لأنه في اللمة لا يقبل القسمة لأنها إفراز ، ولا يمكن إلا في عين خارجية ، والدين وصف اعتبارى . ويرد عليه اختيار الثانى

وردت بلفظ الضمان فصلها لتغاير في اللفظ . واعلم أنه كل من رجع إليه حقوق العقد لا يصح منه التزام مطالبة ما يجب به ، فن وكل رجلا ن بيع ثوب فقبل وضمن له الثمن فالضمان باطل ، وكذا المضارب إذا باع من المتاع شيئا وضمن لرب المال لأن الكفالة التزام المطالبة وهو ظاهر مما تقدم والمطالبة إليهما : أى إلى الوكيل والمضارب ، لأن حق القبض للوكيل بجهة الأصالة في البيع بناء على ما هو الأصل أن حقوق العقد ترجع إلى الوكيل ، حتى لو حلف المشتري ما للموكل عليه شيء كان بارا في يمينه ؛ ولو حلف ما للوكيل عليه شيء كان حائثا ، وكذا المضارب ، وإذا كان كذلك فلز صح الضمان لزم أن يكون الشخص ضمانا لنفسه وفساده لا يجنى ، ولا يتوهم التصحيح باختلاف الجهة فإنه أمر اعتبارى لا يظهر عند الخصومة ، ولأن المال أمانة في أيدي الوكيل والمضارب وهو ظاهر ، فلو صح ضمانهما لكانا ضامين فما فرضناه أمينا لم يكن أمينا ، وذلك خلف باطل فيكون الضمان تغييرا لحكم الشرع وليس للعبد ذلك لنزعه إلى الشركة في الربوبية ، وقد قررنا بطلان ذلك في التقرير تقريراً تاماً : فبرّد عليه كاشتراط الضمان على المودع والمستعير ، فإنهما لو ضمنا الوديعة والعارية للمودع والمعير لم يجر لذلك . ولقاتل أن يقول : الوكالة بانفرادها مشروعة والكفالة كذلك فلم لا يجوز أن يكون المال أمانة بأيديهما إذا لم يضمن ، فأما إذا ضمنا فيكون ذلك رضا للأمانة إلى الضمان وتحولا من حكم شرعى إلى حكم شرعى فصار كما إذا باع بألف ثم باع بألف وخمسة . والجواب أن رفع الأمانة إنما يكون بطلان الوكالة لتلا يتخلف المعلول عن علته ، وبطلانها حيث لا يمكن أن يكون ضرورة صحة الكفالة ، والكفالة هاهنا بمنزلة الفرع للوكالة لأنه كفل بما وجب بالوكالة فلا يجوز أن تصحح على وجه يبطل به أصلها . بخلاف مسألة البيع فإن الثانى ليس فرعاً للأول . وكذلك إذا باع رجلا ن عبدا صفقة واحدة وضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن لم يصح ، لأنه إن صح ، فإن كان بحصته من الثمن شامعا

بخلاف ما إذا باعا بصفتين لأنه لا شركة ؛ ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويقبض إذا نقد ثمن حصته وإن قبل الكل .

ونقل الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز ، كما أنه لو باع نصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى قسمة الدين قبل قبضه ؛ فعلى الوجه الذى صح هذا يكون نصيب شريكه المضمون له . قال فى الفوائد الظهيرية بعد أن أورد هذا : ولكن التعويل على ما ذكرنا يريد ماقررناه من بطلان الضمان بحيث صح ، لكن بعد ما صار الوجه مرددا بين كون الضمان بنصف شائع أو بنصف شريكه وبطل الأول بما ذكر لناظر أن يختار الثانى ويدفع لازمه الباطل بما ذكرنا ، إلا أن يفرق بين شرائه حصته وبين ضمانها ، أو يخص البطلان بما إذا أريد ضمان النصف شائعا وبحكم بأنه المراد . وقوله (بخلاف ما إذا باع صفتين) يعنى بخلاف ما لو باع الشريكان العبد صفتين بأن باع هذا نصيبه على حدته ، وهذا كذلك من ذلك المشتري ثم ضمن أحدهما للآخر نصيبه أو باعا معا وسميا لكل نصيب ثما ثم ضمن أحدهما صح الضمان (لأنه لا شركة) بينهما بحكم الشرع بذلك ، ولذا لو قبل المشتري

صار ضمانا لنفسه وقد تقدم فساد ، وإن صح فى نصيبه مفرزا أدى إلى قسمة الدين قبل قبضه ، وذلك لا يجوز لأن القسمة إفراز ، وذلك إما أن يكون حسا أو بوصف مميز وكلاهما فيها فى النعمة من الدين غير متصور . وذكر فى الفوائد الظهيرية فى تعليقه لأن ما يستحق نصيب أحدهما فالآخر أن يشاركه فيه إذا كان مالا بدليل أن أحدهما لو اشترى بنصيبه منه شيئا كان للآخر ولاية المشاركة ، ولو صح الضمان فإى يوديه الضامن يكون بينه وبين المضمون له فكان له أن يرجع بنصفه على الشريك ، فإذا رجع بطل حكم الأداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع ويصير كأنه ما أدى إلا الباقي فكان للضامن أن يرجع بنصف الباقي ثم وثم إلى أن لا يبقى شيء ، فهذا معنى قول مشايخنا إن فى تجويز هذا الضمان ابتداء إبطاله انتهاء قلنا ببطلانه ابتداء ، ولا معنى لما قيل فى تعليل هذه المسائل لو صح الضمان إما أن يصح بنصف شائع أو بنصف هو نصيب شريكه ، لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا . وقوله ولا وجه إلى الثانى لما فيه من قسمة الدين قبل القبض لا معنى لهذا أيضا لاعتقاد الإجماع على أن أحدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس فيه معنى القسمة ، فكذا إذا ضمن أحدهما بنصيب صاحبه ، ولكن التعويل على ما ذكرنا نقله صاحب النهاية وغيره ، وفيه نظر لأن قوله فإذا رجع بطل حكم الأداء فى مقدار ما وقع فيه الرجوع إنما يصح أن لو كان الرجوع باعتبار نقض ما أدى وهو مجموع ، بل هو من حيث إنه استيفاء لما يستحقه عليه ولم يبق له حتى فيما بقى بهذا الاعتبار فلا يرجع فيه . وقوله لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا . يجاب عليه بأن نصيب الشريك وهو النصف مثلا له اعتباران اعتبارا نصيب شائع فى كل جزء من أجزاء الثمن واعتبارا نصف مفرز فى بعض أفرادها لاتعلق له بالباقي من الأفراد ولا خفاء فى اختلافهما وتغايرهما فترك ذلك نقص فى التحقيل ، وقوله لا معنى لهذا أيضا لاعتقاد الإجماع الخ . يجاب عنه بأنه إنما تلزم القسمة فيه لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه وقع على الشركة ولهذا كان للآخر أن يشاركه ، بخلاف ما إذا باعا صفتين بأن

(قوله كان للآخر ولاية المشاركة) أقول : غير مسلم ، قال صاحب الهداية فى فصل فى الدين المشترك من كتاب الصلح : ولا ميل لشريك على الثوب لأنه ملكه بمقتضى (قوله ولو صح الضمان فإى يوديه الضامن) أقول : الظاهر أن يقال فيما يوديه (قوله لأن الضمان يضاف إلى نصيب شريكه) أقول : تعليل لقوله ولا معنى لما قيل الخ (قوله وليس فيه معنى القسمة) أقول : أجاب عنه الشارح فى كتاب الصلح بأن القسمة فى صورة البيع صفة فلا يعتبر لما فرغناه (قوله نقله صاحب النهاية) أقول : نقله من الفوائد الظهيرية (قوله يجاب عنه بأن نصيب الشريك الخ) أقول : فيه تأمل (قوله لأن ما اشترى أحدهما بنصيبه الخ) أقول : قال بعض الفضلاء : هذا غير مطابق الواقع ،

قال (ومن ضمن عن آخر خراجة ونوائبه وقسمته فهو جائز . أما الخراج فقد ذكرناه وهو) بخلاف الزكاة ، لأنها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته إلا بوصية .

في نصيب أحدهما فيما إذا باعاً معاً دون الآخر صح ، ولو قبل الكل ثم نقد حصته أحدهما ملك قبض نصيبه على الخصوص . ولا يفتي أن هذا في الثاني محمول على ما إذا أعاد مع تفصيل الثمن لفظاً البيع عند أبي حنيفة وإلا فهو على قولهما في تعدد الصفقة على ماسلف في البيع . قال الإمام قاضيخان : ولو تبرع بغير الشريك بالأداء في هذه الفصول من غير ضمان جاز تبرعه لأن التبرع لا يتم إلا بالأداء وعند الأداء يصير مسقطاً حقه في المشاركة فيصبح وجواز التبرع لا يدل على جواز الكفالة لأن التبرع أسرع جوازاً من الكفالة ، ألا ترى أنه يجوز التبرع ببديل الكتابة ولا يجوز الكفالة به (وقوله ومن ضمن عن آخر خراجة ونوائبه وقسمته فهو جائز ، أما الخراج فقد ذكرناه) قبل هذا الفصل بقوله والرهن والكفالة جائزان في الخراج (وهو يخالف الزكاة لأنها مجرد فعل) هو تملك طائفة من ماله مقدرة لأدين ثابت في الذمة لأن الدين اسم لمال واجب في الذمة يكون بدلاً عن مال أنفقه أو قرض اقترضه أو مبيع عقد بيعه أو منفعة عقد عليها من بضع امرأة وهو للمهر أو استئجار عين ، والزكاة ليست كذلك بل إيجاب إخراج مال ابتداء بدلاً عن مال نفسه فليس بدين حقيقي ، ولو وجبت في نصاب مسهلك وإنما لها شبه الدين في بعض الأحكام على ما قدمناه ، بخلاف الخراج لأنه مال يجب في مقابلة اللب عن حوزة الدين وحفظه فكان كالأجرة ، وقد قيلت الكلمة بما إذا كان خراجاً موظفاً لإخراج مقاسمة وهو ما يجب فيها يخرج فإنه غير

سمى كل واحد منهما ثمناً لنفسه ثم ضمن أحدهما الآخر بنصيبه فإن الضمان صحيح لامتياز نصيب كل منهما عن نصيب الآخر لأنه لا شركة ثمة لأنها تكون بالتحاد الصفقة والقرض خلافه . واستوضح بقوله ألا ترى أن للمشتري أن يقبل نصيب أحدهما ويرد الآخر . وله أن يقبض نصيب أحدهما إذا نقد ثمن حصته وإن كان قبل الكل ، ولو اتحدت الصفقة لم يكن له ذلك . قال (ومن ضمن عن آخر خراجة ونوائبه وقسمته فهو جائز الخ) الضمان عن الخراج والنوائب والقسمه جائز . أما الخراج فقد تقدم في قوله من قبل والرهن والكفالة جائزان في الخراج . قيل والمراد به الموظف وهو الواجب في الذمة بأن يوظف الإمام في كل سنة على مال على ما يراه دون المقاسمة وهي التي يقسم الإمام ما يخرج من الأرض لأنه ليس في معنى الدين لعدم وجوبه في الذمة ، وقد تقدم في هذا الشرح ما يفرق به بين الخراج والزكاة . وذكر المصنف رحمه الله فرقاً آخر بقوله وهو يخالف الزكاة ، لأنها مجرد فعل ، إذ الواجب فيها تملك مال من غير أن يكون بدلاً عن شيء ، والمال آلت له ولهذا لا تؤدى بعد موته إلا بالوصية ، وأما النوائب فقد يراد بها ما يكون بحق وقد يراد بها ما ليس بحق ، والأول ككبرى الأنهار المشتركة وأجر الحارس للمحطة وما وظف الإمام لتجهيز الجيش وفداء الأسارى ، بأن احتاج إلى تجهيز الجيش لقتال المشركين أو إلى

فإن ما اشتراه أحدهما بنصيبه يقع الملك له خاصة وإن كان للأخر حق المشاركة؛ ألا ترى أن له أن لا يشاركه ولو كان واقفاً على الشركة كما كان له ذلك ، وبالجمله فوق حق الملك له خاصة منصوص عليه ، وسيجيء إن شاء الله تعالى فلا وجه لما ذكره . والأول أن يقال : إن البيع أمر سكي ، وبإضافة البيع إلى نصيبه مشافاً لا يلزم محذور ، بخلاف إضافة الكفالة فإن اعتبار الشروع فيه يؤدى إلى أن يصير ضماناً لنفسه من وجه وهو غير مشروع ، فوضعت الفرق وانتفخ الإشكال ، ثم في صورة البيع إذا اعتبرنا إضافته إلى نصيبه شافاً بقوله لما كان هو الناقل وقع الملك له خاصة ، ولا ينافيه أن يكون فيه اعتبار إضافته إلى حق صاحبه من وجه بناء على الشروع ، فإن الملك الهبة وإن أضاف إلى تعد غير على ماعرف ، وأما أثبت حق المشاركة في سجيء انتهى . ونحن نقول قوله وإن كان للأخر حق المشاركة غير صحيح أيضاً بل ذلك فيما إذا سأل من نصيبه بوجوب التفصيل في الصلح في الدين المشترك ، ثم قوله وسيجيء : متى في الصلح فالتدين المشترك ، ثم قوله فوضعت الفرق وانتفخ الإشكال كلام مخالف عن القائله ، إذ ليس في كلامه ما يخلص الإشكال .

وأما النوائب ، فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك وأجر الحارس والموظف لتجهيز الجيش وفداء الأسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق ، وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ رحمهم الله ، ومن يميل إلى الصحة الإمام على البزدوى ، وأما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها أو حصص منها والرواية بأو ، وقيل هي النائبة الموظفة الراتبية ، والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه :

واجب في النعمة (وأما النوائب فإن أريد بها ما يكون بحق ككرى النهر المشترك) للعامة (وأجرة الحارس) للمحلة الذى يسمى في ديار مصر الخفير (والموظف لتجهيز الجيش) في حق (وفداء الأسارى) إذا لم يكن في بيت المال شئ (وغيرها) مما هو بحق (فالكفالة به جائزة بالاتفاق) لأنها ولجبة على كل مسلم موسر يلجأ طاعة ولئى الأمر فيما فيه مصلحة المسلمين ولم يلزم بيت المال أو لزمه ولا شئ فيه (وإن أريد بها ما ليس بحق كالجبايات) الموظفة على الناس (في زماننا) ببلاد فارس على الخياط والصباغ وغيرهم السلطان في كل يوم أو شهر أو ثلاثة أشهر فإنها ظلم . فاختلاف المشايخ في صحة الكفالة بها ، فقيل : تصح إذ العبرة في صحة الكفالة وجود المطالبة إما بحق أو باطل ، ولهذا قلنا إن من تولى قسمتها بين المسلمين ففعل فهو مأجور ، وينبى أن كل من قال إن الكفالة ضم في الدين يمنع صحتها هاهنا ، ومن قال في المطالبة يمكن أن يقول بصحتها ويمكن أن يمنعها بناء على أنها في المطالبة بالدين أو معناه أو مطلقا (ومن يميل إلى الصحة الإمام البزدوى) يريد فخر الإسلام ، أما أخوه صدر الإسلام فأبى صحة الكفالة بها (وأما القسمة فقيل هي النوائب بعينها أو حصص منها) إذا قسمها الإمام ، ولا حاجة إلى كون الرواية قسم بلا هاء ، لأن قسمة في القرآن بمعنى قسم ، قال تعالى - ونبيهم أن الماء قسمة بينهم - إذ لا معنى لضمان حقيقة القسمة بالمعنى المصدري ، لكن لو كان كذلك لكان ينبغي كون الرواية بالواليايكون من عطف الخاص على العام لكن الرواية بأو (وقيل النائبة الموظفة الراتبية والمراد بالنوائب) ما هو (منها غير راتب) فتغايرا (والحكم) يعنى في القسمين (ما بيناه) من الصحة في أحدهما والخلاف في الأخرى ، ثم من أصحابنا من قال : الأفضل للإنسان أن

فداء أسرى المسلمين ولم يكن في بيت المال مال فوظف مالا على الناس لذلك ، والضمان فيه جائز بالاتفاق لوجوب أدائه على كل مسلم أوجبه الإمام عليه لوجوب طاعته فيما يجب النظر للمسلمين . والثاني كالجبايات في زماننا وهي التي يأخذها الظلمة في زماننا ظالما كالقيصر ففيه اختلاف المشايخ . قال بعضهم : لا يصح الضمان بها لأن الكفالة شرعت لالتزام المطالبة بما على الأصل شرعا ولا شئ عليه هاهنا شرعا ، وقال بعضهم : يصح ومن يميل إليه الإمام البزدوى يريد فخر الإسلام رحمه الله ، لأن صدر الإسلام ممن مال إلى عدم صحتها . قال فخر الإسلام : وأما النوائب فهي ما يلحقه من جهة السلطان من حق أو باطل أو غير ذلك مما ينوبه صحت الكفالة بها لأنها ديون في حكم توجيه المطالبة بها . والعبرة في الكفالة للمطالبة لأنها شرعت لالتزامها ، ولهذا قلنا : إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجورا وإن كان من جهة الذى يأخذ باطلا ، ولهذا قلنا : إن من قضى نائبة غيره بإذنه يرجع به عليه من غير شرط الرجوع استحسانا بمنزلة ثمن المبيع . قال شمس الأئمة : هذا إذا أمره به لاعتن إكراه ، أما إذا كان مكرها في الأمر فلا يعتبر أمره في الرجوع . وأما قوله وقسمته فقد ذكر عن أبى بكر بن سعيد أنه قال : وقع هذا الحرف غلطا لأن القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون . وأجيب بأن القسمة قد تسمى بمعنى التصيب ، قال الله تعالى - ونبيهم أن الماء قسمة بينهم - والمراد التصيب . وكان الفقيه أبو جعفر المتنولوى يقول معناه أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه وامتنع

(ومن قال لأخرك لك على مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة ، فالقول قول المدعي ، ومن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن . ووجه الفرق أن المقر أقر بالدين ،

يساوى أهل محله في إعطاء النابة . قال شمس الأئمة : هذا كان في ذلك الزمان لأنه إعادة على الخائفة والجهاذ ، أما في زماننا فأكثر النواب تؤخذ ظلما ، ومن تمكن من دفع الظلم عن نفسه فهو خير له ، وإن أراد الإعطاء فليعط من هو عاجز عن دفع الظلم عن نفسه لفقيه يستعين به الفقير على الظلم وينال المعطى الثواب . وقوله والحكم ما بيناه يعنى ما ذكره من أن الكفالة فيها كان بحق جائز وبغير حق فيها خلاف (قوله ومن قال لآخر) المراد الفرق بين مستثنين : أحدهما من أقر بدين موجب لرجل فاعترف بالدين المقر له وأنكر الأجل القول للمقر له ، ولو

الآخر عن ذلك فضمن إنسان ليقوم مقامه في القسمة جاز ذلك لأن القسمة ولجة عليه . وقال بعضهم : معناه إذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه فتكون الرواية على هذا قسمة بالضمير لا بالناء ، وقد علمت أن القسمة بالناء نجى بمعنى القسم بلا ناء . وقال بعضهم : هي النواب بعينها ، وقد ذكر تفسير النواب بحق وبغيره وعلى هذا فذكره بالواو للبيان من باب المطلق للتفسير أو حصته منها : أى من النواب : يعنى إذا قسم الإمام ما ينوب العامة نحو مؤنة كرى الثمر المشترك فأصاب واحدا شيء من ذلك فيجب أدائه فكفلى به رجل صحته الكفالة بالإجماع . قيل : ولكن كان ينبغي أن يذكر الرواية على هذا التقرير وقسمته بالواو ليكون عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى - من كان عدوا لله وملائكته ورسوله وجبريل وميكائيل - فأشار المصنف رحمه الله إلى أن الرواية بأو على تقدير أن تكون القسمة حصص من النواب لأن القسمة إذا كانت حصص منها فهو محل أو ، وأما إذا كانت هي النواب بعينها فهو محل الواو لما مر . وقيل هي النابة الموظفة الراتبية ، والمراد من النواب ما ينوبه غير راتب . قيل : وعمن قال بهذا القول الإمام فخر الإسلام ، والحكم ما بيناه : يعنى جواز الكفالة فيها كان بحق بالاتفاق ، واختلاف المشايخ فيها كان بغير حق . قال (ومن قال لأخرك لك على مائة إلى شهر الخ) ومن قال لآخر لك على مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي لكونها حالة ، وإن قال ضمنت لك عن فلان مائة إلى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن . وروى عن أبى يوسف لإبراهيم بن يوسف أن القول فيهما للمقر له . وقال الشافعى : القول فيهما للمقر . له أن الدين نوعان : حال وموجل فإذا أقر بالموجل فقد أقر بأحد النوعين فالقول قوله اعتبارا بالكفالة . وأجيب بفساد الاعتبار لأن الأجل في الدين عارض كما سيأتى . ولأن يوسف أنهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه فلا يصدق فيه إلا بحجة اعتبارا بالإقرار بالدين . وأجيب بما أجيب به الشافعى . ووجه الفرق بينهما أن المقر أقر بالدين مديعا حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل فكان ثمة إقرار على نفسه ودعوى على غيره ، والأول مقبول والثاني يحتاج إلى برهان ، فإذا عجز عنه كان القول للمنكر . وفي الكفالة ما أقر بالدين لأنه ليس عليه دين في الصحيح كما تقدم ، وإنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر فوضع الفرق بينهما . ولقائل أن يقول : هب أنه لادين عليه فيقر به أليس أنه قد أقر بالمطالبة فلانخصم أن يقول : أقر بالمطالبة مديعا حقا لنفسه وهو تأخيرها إلى أجل فكان ثمة إقرار على نفسه إلى آخر ما ذكرتم فلا يتم الفرق ، وعلى تقدير تمامه فهو معارض بأن يقال : الكفالة لما كانت التزام المطالبة في الحال وجب أن لا يثبت الأجل عند دعواه التكفل ، لأنه إذا ثبت بطلت الكفالة ، وفيه من النقص مالا يخفى .

(قوله وأجيب بما أجيب به الشافعى) أقول : يعنى بفساد الاعتقاد ، وفيه شبه .

ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى أجل وفي الكفالة ما أقر بالدين لأنه لا دين عليه في الصحيح ، وإنما أقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ، ولأن الأجل في الديون عارض حتى لا يثبت إلا بشرط فكان القول قول من أنكر الشرط كما في الخيار ، أما الأجل في الكفالة فنوع منها حتى يثبت من غير شرط بأن كان مؤجلا على الأصيل ، والشافعي رحمه الله ألحق الثاني بالأول ، وأبو يوسف رحمه الله فيها يروى عنه ألحق الأول بالثاني والفرق قد أوضحناه :

أقر بكفالة لرجل يدين مؤجل فاعترف المقر له وأنكر الأجل القول للكفيل في ظاهر الرواية خلافا للشافعي حيث ألحق الأول بالثاني فجعل القول في المستلدين للمقر : ولأبي يوسف على رواية إبراهيم بن رستم حيث ألحق الثاني بالأول فجعل القول فيها للمقر له ، وما وقع في أكثر نسخ الهداية من عكس ذلك ، وهو أن الشافعي ألحق الثاني بالأول وأبو يوسف قلبه سهو من الكاتب . وجه قول الشافعي رحمه الله إن الدين نوعان : حال ومؤجل . فاعترافه بالمؤجل اعتراف بنوع كالاتراف بمحطة رديئة أو جيلة فلا يلزم النوع الآخر فالقول للمقر كالكفيل . وجه قول أبي يوسف إنها تصادقا على وجوب المال ثم ادعى أحدهما الأجل على صاحبه وهو ينكر فلا يصدق إلا بجملة كما في الأول وصار الأجل كالخيار فيها لو أقر بالكفالة على أنه بالخيار وأنكر الطالب القول للطالب في إنكاره الخيار . وجه المذهب أن المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال ، إذ الظاهر أن الدين كذلك لأنه إنما يثبت بدلا عن قرض أو إلتاف أو بيع ونحوه ، والظاهر أن العاقل لا يرضى بخروج مستحقة في الحال إلا ببذل في الحال ، فكان الحلول الأصيل والأجل عارض فكان الدين المؤجل معروضا لعارض لانوعا (ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها) والآخر ينكره (وفي الكفالة ما أقر بالدين) على ما هو الأصح بل يحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له ، وهذا لأن التزام المطالبة يتنوع إلى التزامها في الحال أو في المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك ، فلما أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر ، بخلاف الكفالة على أنه بالخيار فلها ضعيفة لقلة وجودها فنزلت منزلة العلم ، وهذا مخلص ممن ادعى مالا وهو مؤجل في الواقع .

والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول إقتناعا جديليا لدفع الخصم في المجلس ، وذكر الثاني لمن له زيادة استبصار في الاستقصاء على ما يذكر ، وأن الكفالة التزام المطالبة أعم من كونها في الحال أو في المستقبل . والثاني موجود فيها نحن فيه فلا مناقضة (قوله ولأن الأجل في الديون عارض) هو الفرق الثاني ، ومعناه على أن ما لا يثبت بشيء إلا بشرط كان من عوارضه ، وما يثبت له بدون كان ذاتيا له وهو حسن ، لأننا لو قطعنا النظر عن وجود الشرط لم يثبت له ذلك فكان عارضا والأجل في الديون بهذه المثابة لأن ثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات حالة لا يثبت الأجل فيها إلا بالشرط وفي الكفالة ليس كذلك فإنه يثبت مؤجلا من غير شرط إذا كان مؤجلا على الأصيل فكان الأجل ذاتيا لبعض الكفالة متزعا له كالناطق للنوع لبعض الحيوان : وهذا أقصى ما يتصور في الفقه من الدقة في إظهار المأخذ . وإذا كان الأجل في الديون عارضا لا يثبت إلا بشرط كان القول قول من أنكره مع التين كما في شرط الخيار ، وإذا كان في الكفالة ذاتيا كان إقراره بنوع منها فلا يحكم بغيره فكان القول قوله . ووقع في المتن والشافعي ألحق الثاني بالأول ، وأبو يوسف فيها يروى عنه ألحق الأول بالثاني ، والعكس هو المشهور من مذهبهما : فمن الشارحين

(قوله والجواب أن المصنف ذكر الفرق الأول الخ) أقول : وعنه أن الفرق الأول أيضا صحيح لا يرد عليه ما أورده ، لأن المقر بالدين أقر بوجوب نفس الدين في ذمه في الحال وادعى تأخر وجوب أدائه والمقر له ينكر ذلك ، وللمقر بالكفالة لم يقر بشيء في الحال بل يدعي ذلك المكفول له ولا كفيل يتكوه تأملا ، وهذا كلام إمام كنهه تذكرا .

قال (ومن اشترى جارية فكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لأن بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقضى له بالثمن على البائع فلم يجب له على الأصل رد الثمن فلا يجب على الكفيل ، بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل . وعن أبي يوسف أنه يبطل البيع بالاستحقاق ، فعلى قياس قوله يرجع بمجرد استحقاق وموضعه أوائل الزيادات في ترتيب الأصل .

فإن اعترف به مؤجلا لا يصدق ، وإن أنكر يكون كاذبا وخاف إن اعترف به كذلك لا يصدق في الأجل ، فالحيلة أن يقول للمدعي هذا المال الذي تدعيه مؤجل أم معجل ، فإن قال مؤجل حصل المقصود ، وإن قال معجل فينكر وهو صادق . وفي العيون : من عليه دين مؤجل إذا حلف ماله اليوم قبله شيء أرجو أن لا يكون به بأس إن كان لا يقصد به إلتواء حقه . قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك فاستحققت لم يأخذ الكفيل (وفاعل يأخذ ضمير من والكفيل مفعول : يعنى لم يطالبه (حتى يقضى له بالثمن على البائع لأن بمجرد الاستحقاق) أو القضاء به وبالمبيع (لا ينتقض البيع) أى لا يفسخ (على ظاهر الرواية) واحترز بظاهر الرواية عن رواية الأمامي عن أبي يوسف أنه يأخذ الكفيل قبل أن يقضى على البائع بالثمن لأن الضمان توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبة فكذلك على الكفيل . وجه الظاهر ما ذكر من أن بمجرد الاستحقاق لا يفسخ البيع فبالضرورة لا يجب الثمن على البائع وهو على ملكه ولا يعود إلى ملك المشتري ، حتى لو كان الثمن عبدا فأعتقه البائع بعد القضاء بالاستحقاق نفذ عتقه ، وكذا لو كان المشتري باعها من غيره فاستحققت من يد الثاني ليس للمشتري الأول أن يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه المشتري الثاني كي لا يجتمع البدلان في ملك واحد ، وإذا لم يجب الثمن على الأصل لا يجب على الكفيل ، بخلاف ما لو قضى بحرية العبد ونحوه لأن البيع يبطل به لعدم المحلية للبيع فيكون استحقاقا مطلقا للملك رأسا ، وما نحن فيه استحقاق ناقل للملك فحليته للملك باقية واحتمال إجازة المستحق للبيع القائم ثابت ، فما بقي هذا الاحتمال يبقى للملك ، بخلاف ما إذا قضى على البائع برد الثمن لارتفاعه حينئذ . وصحح في فصول الاستروشي أن للمستحق أن يميز بعد قضاء القاضي وبعد قبضه قبل أن يرجع المشتري على بائعه بالثمن ، والرجوع بالقضاء يكون فسخا . ثم من الاستحقاق المبطل دعوى النسب ودعوى المرأة الحرة الغليظة ودعوى الوقف في الأرض المشترأة ، أو أنها كانت مسجدا ، ويشارك الاستحقاق الناقل في أن كلا منهما يجعل المستحق عليه ومن تملك ذلك الشيء من جهة مستحقا عليهم ، حتى أنه لو أقام واحد منهم البيئة على المستحق بالملك المطلق لا تقبل بيئته ، ويختلفان في أن كل واحد من الباعثة في الناقل لا يرجع على بائعه ما لم يرجع عليه ، ولا يرجع على كفيل الدرك ما لم يقض على المكفول عنه ، وأسلفنا من مسائل الاستحقاق جملة . وقوله (وموضعه) أى الاستحقاق (أوائل الزيادات في ترتيب الأصل) يريد ترتيب محمد فإنه بدأ باب المأخوذ ، واحترز بالأصل عن ترتيبها للكاثر الآن فإنه ترتيب

من حمله على الروايتين عن كل واحد منهما ، ومنهم من حمله على القلط من التامخ ولعله أظهر (قوله ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك الخ) ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك وقد تقدم معناه فاستحققت الجارية لم يأخذ المشتري الكفيل بالثمن حتى يقضى له على البائع برد الثمن ، لأن احتمال الإجازة من المستحق ثابت وثبوته يمنع أن يأخذ الكفيل بالثمن ، لأن بمجرد قضاء القاضي بثبوت الاستحقاق للمستحق لا ينتقض البيع في ظاهر الرواية ما لم يقضى له برد الثمن عليه ، فلو كان الثمن عبدا فأعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه

(ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) لأن هذه اللفظة مثبتة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه ، وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار ، ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها ، بخلاف الدرك لأنه استعمل في ضمان الاستحقاق عرفا ، ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لمحال وهو غير قادر عليه ، وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع أو قيمته فصحح .

أبى عبد الله الزعفراني تلميذ محمد بن الحسن فإنه غير ترتيب محمد إلى ما هي عليه الآن ، وإنما ساء محمد بالزيادات لأن أصول أبوابه من أمالي أبى يوسف فكان محمد يجعل ذلك الباب من كلام أبى يوسف أصلا ثم يزيد عليه تفريعا تنميا له (قوله ومن اشترى عبدا وضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل لأن هذه اللفظة مثبتة) المراد فإنها (يقال للصك القديم وهو ملك البائع فلا يصح ضمانه) وقال الشيخ أبو بكر الرازي : هو كتاب الشراء وهو ملك المشتري فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه ، وفي بلادنا يقال لخاص منه وهو مكتوب شراء الجوارى ، وتقال لنفس العقد لأن العهدة من العهد كالعقدة من العقد ، والعهد والعقد واحد ، وتقال على حقوق العقد لأنها ثمراته وعلى خيار الشرط ، وهى فى الحديث « عهدة الرقيق ثلاثة أيام » أى خيار الشرط فيه ، ولكل ذلك وجه قد بيناه ، وإذا تعددت المفاهيم تعذر العمل بها قبل البيان (بخلاف) ضمان (الدرك فإنه استعمل فى ضمان الاستحقاق عرفا) فلا تعذر . وذكر بعض المشايخ أن عند أبى حنيفة ضمان العهدة هو ضمان الدرك (ولو ضمن الخلاص لا يصح عند أبى حنيفة لأنه عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه وهو غير قادر عليه ، وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم المبيع) إن قدر عليه (أو) تسليم (قيمته) وذكر الصنبر الشيباني فى أدب القاضي للخصاف أن

وإذا لم ينتقص لم يجب الثمن على الأصيل ، وإذا لم يجب على الأصيل لم يجب على الكفيل ، وإنما قال على ظاهر الرواية احتراماً لما قال أبو يوسف فى الأمالى له أن يأخذ الكفيل قبل أن يقضى له على البائع ، لأن الضمان قد توجه على البائع ووجب للمشتري مطالبته ، فكذلك يجب على الكفيل . فإن قيل : فإذا قضى الحاكم بالحرية فبمجرد القضاء بها يثبت للمشتري حق الرجوع فما الفرق بينهما وبين الاستحقاق ؟ وأجاب المصنف بقوله بخلاف القضاء بالحرية لأن البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع المشتري على البائع وكفيله إن شاء وموضعه أوائل الزيادات فى ترتيب الأصل ، أراد بترتيب الأصل ترتيب محمد ، فإنه افتتح كتاب الزيادات بباب المأخوذ مخالفا لترتيب سائر الكتب تبركا بما أمل به أبو يوسف ، فإن محمداً أخذ ما أمل وبين أبو يوسف بابا بابا وجعله أصلا ، وزاد عليه من عنده ما يسم به تلك الأبواب فكان أصل الكتاب من تصنيف أبى يوسف وزياداته من تصنيف محمد ولذلك ساء كتاب الزيادات ، وكان ابتداء إملاء أبى يوسف فى هذا الكتاب من باب المأخوذ ولم يغيره محمد تبركا به ، ثم رتبها الزعفراني على هذا الترتيب الذى هو عليه اليوم (ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهد فالضمان باطل) ذكر هاهنا ثلاث مسائل : الأولى ضمان العهدة وقال إنه باطل ولم يحك خلافا . والثانية ضمان الدرك وهو صحيح بالاتفاق ، والثالثة ضمان الخلاص . وقد اختلفوا فيه فأما بطلان الأولى فلأن هذه اللفظة مثبتة لا شترك وقع فى استعمالها فإنها تقع على الصك القديم الذى عند البائع وهو ملك البائع غير مضمون عليه ، وما ليس بمضمون على الأصيل لاتصح الكفالة به ، وقد تقع على العقد لأنها مأخوذة من العهد والعهد والعقد واحد ، وقد تقع على حقوق العقد

(قوله ووجب للمشتري الخ) أقول : فيه شبه إلا أن يكون وجب بمعنى ثبت .

(باب كفالة الرجلين)

(وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه كما إذا اشترى عبدا بألف درهم وكفل كل

تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد : يعني فيكون صحيحا لأنه ضمان الدرك عندهما تصحيحا للكلام ، فتمت الألفاظ ثلاثة : ضمان الدرك جائز بالاتفاق ، و ضمان العهدة لا يجوز باتفاق ظاهر الرواية ، و ضمان الخلاص مختلف فيه في ظاهر الرواية . وقد ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف كانا يكتبان في الشروط : فما أدرك فلان بن فلان ففيل فلان خلاصه أو رد الثمن . وإن لم يذكر رد الثمن ففسد لأنه يبق الضمان بتخليص المبيع . وعلم من هذا أن الخلاف فيما إذا ذكر ضمان الخلاص مطلقا ، أما إذا قال خلاص المبيع أو رد الثمن أو أراد ذلك واتفقا على إرادته فيجوز بالإجماع :

(باب كفالة الرجلين)

لأنها من ثمرات العقد ، وقد تقع على الدرك وهو الرجوع بالثمن على البائع عند الاستحقاق ، وعلى خيار الشرط كما جاء في الحديث « عهدة الرقيق ثلاثة أيام » أى خيار الشرط فيه ، ولكل ذلك وجه يجوز الحمل به عليه فصار مبهما تغلر العمل به . وأما جواز الثاني : أى ضمان الدرك فإن العرف فيه استعماله في ضمان الاستحقاق فصار مبينا له فوجب العمل به . وأما الثالث فأبو حنيفة رحمه الله قال : هو عبارة عن تخليص المبيع وتسليمه لعمالة : أى على كل حال وتقدير وهو التزام ما لا يقدر على الوفاء به لأنه إن ظهر مستحقا فرما لا يساعده المستحق ، أو حرا فلا يقدر مطلقا ، والتزام ما لا يقدر على الوفاء به باطل ، وهما جملة بمنزلة الدرك تصحيحا للضمان وهو تسليم المبيع إن قدر عايه أو تسليم الثمن إن عجز عنه و ضمان الدرك صحيح . وأوجب بأن فراغ النعمة أصل فلا تشتغل بالشك والاحتمال ، ذكر أبو زيد في شروطه أن أبا حنيفة وأبا يوسف رحهما الله كانا يكتبان في الشروط : فما أدرك فلان بن فلان ففيل فلان خلاصه أو رد الثمن ، فهذا يشير إلى أن بطلان الضمان إنما كان بالخلاص منفردا ، أما إذا انضم إليه رد الثمن فهو جائز . قيل وعلى هذا في كلام المصنف نظرا لأن الواجب عند العجز عن تسليم المبيع إنما هو الثمن لا القيمة ، وهو مدفوع بأن المراد به الثمن مجازا شهرة أمره متعبرة وبلاغة التركيب باستعمال المحاز فيما لا يلتبس فضيلة ، هذا ما يدل عليه كلام المصنف . وذكر الصلر الشهيد في أدب القاضي للخصاف أن تفسير الخلاص والدرك والعهدة واحد عند أبي يوسف ومحمد ، وهو تفسير الدرك ، وهذا يدل على أن الخلاف في العهدة أيضا ثابت . وذكر في القوائد الظهيرية : وأما ضمان العهدة فقد ذكرنا : أى في الجامع الصغير أنه باطل ولم يحك خلافا . وذكر بعض مشايخنا أن عند أبي حنيفة ضمان العهدة ضمان الدرك ، وهو خلاف ما ذكره المصنف فكانه اعتمد على ما في الجامع الصغير وذكر بطلانه من غير ذكر خلاف ، والله أعلم بالصواب .

(باب كفالة الرجلين)

لما فرغ من ذكر كفالة الواحد ذكر كفالة الاثنين لما أن الاثنين بعد الواحد طبيعا فأخرو ضعا ليناسب الوضع الطبع . قال (وإذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه الخ) إذا اشترى الرجلان عبدا بألف

(باب كفالة الرجلين)

واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة) لأن كل واحد منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة ، لأن الأول دين والثاني مطالبة ، ثم هو تابع للأول فيقع عن الأول ، وفي الزيادة لامعارضة فيقع عن الكفالة ، ولأنه لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع لأن أداء نائبه كأدائه .

لما نزل هذا ما قبله منزلة المركب من المفرد ذكره عقبيه (قوله وإذا كان الدين على اثنين بأن اشترى معا عبدا بألف) أو اقترضا معا (وكل كل منهما عن صاحبه فما أداء أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزائد) وجهين : أحدهما (أن كلا منهما في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة و) ما عليه (بحق الكفالة) لقوة الأول وضعف الثاني (لأن الأول دين) عليه : (والثاني مطالبة) بلا دين (ثم هو تابع) فوجب صرف المؤدى عن الأقوى تقدما له على الأضعف على ما هو مقتضى العقل والعادة . لا يقال : إن هذا يقتضى أن على قول من يحمل الدين على الكفيل مع المطالبة يكون المؤدى بينهما كما هو قول طائفة من مشايخنا ، ونفاه ابن قدامة عن الأئمة الثلاثة إلا أن يصرفه بنيه أو يلقظه إلى أحدهما . لأننا نقول : الحكم عندنا ما ذكرنا من غير خلاف عندنا ، فإن الدين الثابت عليه بطريق الكفالة ليس بقوة الكائن عليه بطريق الأصالة ؛ ألا ترى أن المريض إذا اشترى في مرض موته شيئا كان من جميع المال ، ولو كفل كان من الثالث . وأيضاً لو اشترى المريض وعليه دين جاز . ولو كفل وعليه دين لا يجوز . وأما كونه بصرف بنيه . قلنا : التعيين في الجنس الواحد لغو وهذا دين واحد ، حتى لو كان نصف الدين يقرض مثلاً ونصفه يبيع وعين صحيح إذ في الجنسين يعتبر تعيينه لأنه حينئذ مفيد . ثانيهما (أنه لو وقع في النصف عن صاحبه) للكفالة كان له أن يرجع عليه به (فلصاحبه أن يرجع) بعين ما رجع عليه به المؤدى (لأن أداء نائبه) يعنى كفيله بأمره (كأدائه

فالتم دين عليهما لا محالة ، فإن كفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أدى أحدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد المؤدى على النصف فيرجع بالزيادة لأن كل واحد من الشريكين في النصف أصيل وفي النصف الآخر كفيل ، وكل من كان في النصف أصيلاً وفي النصف الآخر كفيلًا فما أدى إلى تمام النصف كان عما عليه بحق الأصالة صرفاً إلى أقوى ما عليه ، كما لو اشترى ثوباً وعشرة دراهم بعشرين درهماً فنقد في المجلس عشرة جعل المنقود ثمن الصرف لأن الواجب به أقوى لحاجته إلى القبض في المجلس ، وما عليه بحق الأصالة أقوى لأنه دين ، وما عليه بحق الكفالة مطالبة لادين وهي تابعة للدين لا بتبناها على الدين ، فإن المطالبة بالدين بدين غير متصورة فلا يعارضه ، بل يرجع الدين عليها وينصرف المصروف إليه إلى تمام النصف ، وفي الزيادة عليه لامعارضة إن لم يكن عليه فيما بحق الأصالة شيء فانتفى المعارضة بانتفاء أحد المتعارضين ، وفي النصف كان انتفاؤها ما يكون أحدهما واجباً لا انتفاؤه (قوله ولأنه) دليل آخر على ذلك أورده بقياس الخلف ، فإنه جعل قبض المدعى وهو الرجوع على صاحبه مستلزماً لمحال وهو رجوع صاحبه عليه المستلزم للدور فإنه قال : لو وقع في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه أن يرجع عليه ، لكن ليس لصاحبه أن يرجع عليه لأنه يؤدي إلى الدور فلم يقع في النصف عن صاحبه ليرجع عليه . وقوله (لأن أداء نائبه كأدائه) بيان للملازمة . وتقريره أن صاحب المؤدى

(قوله وفي النصف كان انتفاؤها ما يكون أحدهما واجباً لا انتفاؤه) أقول : ضمير انتفاؤها راجع إلى المعارضة ، وضمير لا انتفاؤه راجع إلى أحدهما (قوله مستلزماً لمحال وهو رجوع صاحبه عليه) أقول : قوله وهو راجع إلى محال (قال المصنف : لأن أداء نائبه كأدائه يؤدي إلى الدور) أقول : في الملازمة ما لا يحق (قوله لأن أداء نائبه كأدائه) إن أريد كأدائه عن نفسه بحق الأصالة أو ما يسميه فسلم ولا يفيد ، وإن أريد كأدائه بحق الكفالة فمنع ، وكيف يكون أداء كفيله عنه كأدائه من كفيله فليقبل .

فيؤدي إلى الدور (وإذا كفّل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما رجوع على شريكه بنصفه قليلا كان أو كثيرا) ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان على مامر وموجبا التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل

بنفسه ، ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه ، لكن إذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع ما يرجع به صاحبه ، وإلا لم يكن له أن يرجع إلا بنصف ما يرجع به صاحبه . بيانه أدى الأول مائتين يرجع بنصفها لأنه في إحدى المائتين أصيل ، فإذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكتلتهما إلا إذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة وإلا لم يرجع إلا بنصفها ، لأنه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها بخسون إلى ماعليه أصالة وخمسون إلى ما عليه كفالة ، وإنما يرجع بماعليه من الكفالة (فيؤدي إلى الدور) وما يؤدي إليه ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه وإلا تغير حكم الشرع ، إذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الرجوع ، وقد علمت أنه امتنع للدور . وإعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فإنه توقف الشيء على ما يتوقف عليه . ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه . بل إذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه في مال واحد بل إن شاء أعطاه ما أخذ منه ، فإذا رجع الآخر استفادته أو أعطاه غيره ، وكذا الأول فاللزام في الحقيقة التسلسل في الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى إليه . والحق أن هذا الوجه باطل لأن رجوع المؤدى عنه لا يمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه أنه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لأنه اعتبار باطل يؤدي إلى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى إلى الطالب ، وهو يقضي ما يقطع به من الشرع أن المؤدى هو الذي يرجع على المؤدى عنه بمثل ما أدى ، وكيف يكون أداء الإنسان عن غيره سببا لأن يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر ، هذا عجاجة عظيمة (قوله وإذا كفّل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء أداء أحدهما رجوع على شريكه بنصفه قليلا أو كثيرا . ومعنى المسئلة في الصحيح أن تكون الكفالة بالكل عن الأصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة) من غير نظر إلى أنها مع الدين أولا (فتجتمع الكفالتان وموجبا التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل

يقول له أنت أديته عني بأمرى فيكون ذلك كأدائي ، ولو أدبت بنفسى كان لي أن أجعل المؤدى عنك ، فإن رجعت على وأنا كفيل عنك فأنا أجعله عنك فأرجع عليك لأن ذلك الذي أدّيته عني فهو أدائي في التقدير ، فلو أدبت حقيقة رجعت عليك في تقرير أدائي كذلك ، والشريك الآخر يقول مثل ما قاله فأدى إلى الدور ولم يكن في الرجوع فائدة فيجعلنا للمؤدى عن نصيبه خاصة إلى تمام النصف لينقطع الدور ، بخلاف الزيادة على النصف ، فإنه لو رجع على شريكه بذلك لم يكن لشريكه أن يرجع عليه . إذ ليس على الشريك بحكم الأصالة إلا النصف فيقيد الرجوع (وإذا كفّل رجلان عن رجل بمال على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه) بكل المال وعن الأصيل كذلك ، فاجتمع على كل واحد من الكفيلين كفالتان كفالة عن الأصيل وكفالة عن الكفيل وتعددت المطالبة لكل واحد منهما مطالبة له على الأصيل وأخرى على الكفيل فصح الكفالة عن الكفيل لأن موجب الكفالة التزام المطالبة وعلى الكفيل مطالبته فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن الأصيل ، وكما تصح حوالة المختل عليه بما ألزم على آخر وهو معنى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح (وكل شيء أداء أحدهما رجوع على شريكه بنصفه قليلا كان المؤدى أو كثيرا) لأن ما أدى أحدهما وقع شائعا عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح

(قال المصنف : وبالكل عن الشريك) أقول : فيه بحث (قال المصنف : فتجتمع الكفالتان على مامر) أقول : قبل ورفعتين في تعليل قوله ومن أخذ من رجل كفيل بنفسه ثم ذهب فأعذه منه كفيل آخر فهما كفيلان .

كما تصح الكفالة عن الأصل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه . وإذا عرف هذا فما أذاه أحدهما وقع شائعا
 عنهما إذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى إلى الدور لأن
 قضيته الاستواء ، وقد حصل برجوع أحدهما بنصف ما أدى فلا ينقص برجوع الآخر عليه ، بخلاف ما تقدم ،
 ثم يرجعان على الأصل لأنها أدبا عنه أحدهما بنفسه والآخر بنائبه (وإن شاء رجع بالجميع على المكفول عنه)
 لأنه كفل بجميع المال عنه بأمره . قال (وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب)
 براءة الأصل فبقى المال كله على الأصل والآخر كفيل عنه بكفله على ما بيناه ولهذا يأخذ به . قال (وإذا افرق

لأنه التزام ما على الكفيل من المطالبة بما كفل به (كما تصح عن الأصل) بالترام المطالبة بما عليه (وكما
 تصح الحوالة من المحتال عليه) للمحال بما أحيل به عليه على آخر . (وإذا عرف هذا فما أذاه أحدهما وقع شائعا
 عنهما إذ الكل كفالة) ما عن نفسه وما عن الكفيل الآخر (فلا ترجيح للبعض على البعض) ليقع النصف الأول
 عن نفسه خاصة (بخلاف ما تقدم) وإذا لم يترجح ما عليه من جهة المديون وما عليه من جهة
 الكفيل الآخر (فيرجع على شريكه بنصف جميع ما أدى ولا يؤدى إلى الدور لأن قضية هذا الاستواء)
 للاستواء في العلة وهي الكفالة (وقد حصل بوجوب أحدهما) وهو المؤدى (بنصف ما أدى فنقصه برجوع
 غير المؤدى بلا موجب ، بخلاف ما تقدم) لا استواء فيه في العلة ، فإن أحدهما علمته أقوى من الآخر فلم يستويا فلم
 يستو وجها فلذا لا يرجع إلا بما زاد على النصف ، وهذا الفرق باعتبار الوجه الأول في المسئلة الأولى ، ولو كان
 الوجه الثاني صحيحا لم يقع فرق باعتباره لأن مسوغ رجوع المؤدى عنه اعتبار نفسه أدى ما أذاه عنه المؤدى ،
 واحتسابه به عن المؤدى وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع على به بسبب أنك أدبته عني هو كأداني
 بنفسى فكأنى أنا الذى أدبته واحتسبته عنك فأنا أرجع عليك به ، ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق إلا باعتبار
 القوة والضعف وهو الوجه الأول (ثم يرجعان) يعنى الكفيلين المتكافلين (على الأصل لأنها أدبا عنه أحدهما
 بنفسه والآخر بنائبه ، وإن شاء رجع الكفيل المؤدى بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره)
 ثم أذاه (ولو أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع ، لأن براءة الكفيل لا توجب براءة الأصل فبقى المال كله
 على الأصل والآخر كفيل عنه بكفله) (قوله وإذا افرق

للبيعض على البعض ، بخلاف ما تقدم فإن الأصالة في النصف راجحة بعد صورة المعارضة بينها وبين الكفالة .
 وإذا وقع شائعا زجع على شريكه بنصفه ولا يؤدى إلى الدور لأن قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصف
 ما أدى فلا ينقص برجوع الآخر عليه ، بخلاف ما تقدم لأن كل واحد منهما لم يلتزم جميع المال بحكم الكفالة .
 بل التزم نصف المال بشرائه بنفسه ونصفه بكفالاته عن شريكه ، وجعل المؤدى عن الكفالة يؤدى إلى الدور
 كما تقدم ، وإذا قال في الصحيح لثبات التروع المبينة على ذلك فإنه قال (ثم يرجعان على الأصل لأنها أدبا عنه
 أحدهما بنفسه والآخر بنائبه) ولو لم يكن كل منهما كفيلة عن الأصل كان الرجوع عليه لمن كفل عنه لا لها ،
 وقال (وإن شاء) يعنى من أدى منهما شيئا (رجع بالجميع على المكفول عنه لأنه كفل عنه بجميع المال بأمره)
 ولو كان أحدهما كفيلة عن الكفيل فقط لم يكن له رجوع على الأصل . وقال (وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ
 الآخر بالجميع لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصل ، فبقى المال كله على الأصل والآخر كفيل عنه بكفله على
 ما بيناه) من قوله أن تكون الكفالة بالكل عن الأصل ولهذا تأخذ به وهو ظاهر . قال (وإذا افرق

(قال المصنف : وإذا أبرأ رب المال أحدهما أخذ الآخر بالجميع) أقول : ليس هذا موضع مال .

المفاوضان فلا أصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاعوا بجميع الدين) لأن كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه على ما عرف في الشركة (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف) لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين . قال (وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فنكل شيء أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصفه) ووجهه أن هذا العقد جائز استحسانا ، وطريقه أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في حق وجوب الألف عليه فيكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حق صاحبه ، وسنذكره في المكاتب إن شاء الله تعالى ، وإذا عرف ذلك فإداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ، ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة .

المفاوضان فلا أصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاعوا بجميع الدين لأن كل واحد منهما كفيلا عن صاحبه على ما عرف في كتاب (الشركة) من أن شركة المفاوضة تنعقد على وكالة كل منهما عن الآخر وكفالة كل عن الآخر إلا ما استثنى (ولا يرجع أحدهما على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين) المدينين بدين واحد ، والله الموفق (قوله وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة) بأن قال مثلا كاتبكما على ألف إلى عام (وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه فكل شيء أداه أحدهما يرجع بنصفه على صاحبه . ووجهه أن هذا العقد) وهو عقد الكفالة (جائز استحسانا) خلافا للأئمة الثلاثة كما لو كانت الكفالة واحدة فقط ، ولأنه كفالة ببذل الكتابة وهو باطل ، وأيضا شرط فيه كفالة المكاتب وهو باطل ، والكتابة تبطل بالشروط الفاسدة . وجه الاستحسان أنه يمكن أن يعتبر له وجه يصح به فيحمل عليه ، وهو أن يجعل المال على أحدهما وعتق الآخر معلقا بأدائه كما في الولد المولود في الكتابة فيجعل كل منهما في حق المولى كأن المال كله عليه وعتق الآخر معلقا بأدائه فيطالب كل منهما بجميع المال بحكم الأصالة لا الكفالة ، وفي الحقيقة المال مقابل بهما فينقسم عليهما بخلاف ما إذا اختلفت كتابتهما لأن عتق كل منهما معلق بماله عليه على حدة فتصلر تصحيحه وفيها وراء ذلك الاعتبار المصحح الحقيقة هي المختصة حتى أن ما أداه أحدهما يرجع بنصفه على

المفاوضان فلا أصحاب الديون أن يأخذوا أيهما شاعوا بجميع الدين (الخ) إذا افرق المفاوضان وعليهما دين فلا أصحابه أن يأخذوا أيهما شاعوا بجميع ذلك ، فإن أدى أحدهما شيئا لم يرجع على شريكه بشيء حتى يزيد المولى على النصف فيرجع بالزيادة لأنها تنعقد على الكفالة بما كان من ضمان التجارة ، وحيتذ كان للفرء أن يطالبوا أيهما شاعوا بجميع الدين لأن الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق ، فإذا طلبوا أحدهما وأخطبوا الدين منه ليس له أن يرجع على صاحبه حتى يؤدي أكثر من النصف لما مر من الوجهين في كفالة الرجلين . قال (وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة (الخ) وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة بأن قال المولى كاتبكما على ألف (إلى كذا) وكل واحد منهما كفيلا عن صاحبه صح ذلك استحسانا والقياس بخلافه لأنه شرط فيه كفالة المكاتب والكفالة ببذل الكتابة وكل واحد منهما على انفراده باطل ، فعند الاجتاع أولى أن يكون باطلا : أما بطلان كفالة المكاتب فلأن الكفالة تبرع والمكاتب لا يملكه ، وأما بطلان الكفالة ببذل الكتابة فلما مر من أنها تقتضي ديناً

قال (ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما جاز العتق) لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لأنه مارضى بالترام المال إلا ليكون المال وسيلة إلى العتق وما بقى وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقيتهما . وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان ، وإذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقيتهما فلماذا ينتصف ، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة ، وإن أخذ الذي أعتق رجع على صاحبه بما يؤدى لأنه مؤد عنه بأمره ، وإن أخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لأنه أدى عن نفسه والله أعلم .

صاحبه لاستوائهما (ولو لم يؤديا شيئا) حتى أن المولى (أعتق أحدهما جاز لمصادفته ملكه) وبرئ عن النصف لأنه مارضى بالترام المال إلا ليكون وسيلة إلى عتقه ولم يبق وسيلة (فيسقط ويبقى النصف على الآخر لأن المال في الحقيقة مقابل برقيتهما ، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان) والحامل عليه تشوف الشارع إلى العتق (فلذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقيتهما فوجب أن ينتصف ، وللمولى أن يأخذ بحصة الذي لم يعتق أيهما شاء ، المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة) وأورد عايه أنه يستلزم كون الرقيق ضمانا لبذل الكتابة وهو لا يجوز . أجيب بأن هذا في حالة البقاء لاقى الابتداء كما لو مات شهود الكفاح (فإن أخذ الذي عتق رجع على صاحبه بما أدى ، وإن أخذ الآخر لم يرجع) على الذي عتق (لأنه) ربما (أدى عن نفسه) .

صحيحا وبذل الكتابة ليس كذلك . ووجه الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصيلا في جق وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا بأدائه : أى بأداء كل واحد منهما كأنه قال لكل واحد منهما إن أدبت الألف فأت حر ، وهذا وأن يجعل كل واحد منهما كفيلًا بألف عن صاحبه كما سنذكره في المكاتب ، وهذا إنما يستقيم إذا كانت الكتابة واحدة ولهذا قيد بها ، وأما إذا انحطفت الكتبتان فإن عتق كل واحد منهما يتعلق بمال على حدة فتعذر تصحيحه بهذا الطريق ، وإذا عرف ذلك عرف استوائهما في الوجوب عليهما لاستوائهما في العلة : أعني الكفالة فكان كل البذل مضمونا على كل واحد منهما ولهذا لا يعتق واحد منهما مالم يؤد جميع البذل ، فما أداه أحدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ، ولو رجع بالكل أولم يرجع بشيء لانتهت المساواة ، ولو لم يؤديا شيئا حتى أعتق المولى أحدهما صح العتق لمصادفة العتق ملكه وبرئ المعتق عن النصف لأنه مارضى بالمال إلا ليكون وسيلة إلى العتق ولم يبق وسيلة فيسقط النصف ويبقى النصف على الآخر ، لأن المال في الحقيقة مقابل برقيتهما حتى يكون موزعا متقسما عليهما ، وإنما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فكان ضروريا لا يعتدى غير موضعه . وإذا أعتق استغنى عنه واتى الضرورة فاعتبر مقابلا برقيتهما ولهذا ينتصف . وعورض بأنه إذا كان مقابلا لهما كان على كل واحد منهما بعضه فيجب أن لا يصح الرجوع مالم يزد المؤدى على النصف لئلا يلزم الدور كما مر . وأجيب بأن الرجوع بنصف ما أدى إنما هو للتحرز عن تفريق الصفقة على المولى ، لأن المؤدى لو وقع عن المؤدى على الخصوص برئ بأدائه عن نصيبه وعتق لأن المكاتب إذا أدى ماعليه من بدل الكتابة عتق وللمولى شرط عليهما أن يؤديا جميعا ويعتقا جميعا فكان في التخصيص إضرار للمولى بتفريق الصفقة فأوقعتا المؤدى عنهما جميعا ، وإذا بقي النصف على الآخر فللمولى أن يأخذ به أيهما شاء ، وأما المعتق فبالكفالة ، وأما صاحبه

(قوله أى بأداء كل واحد منهما) نقول : الأول أن يطرح كلمة كل فإنهما يمتضان بأداء واحد منهما .

(باب كفالة العبد وعنه)

(ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال) لأن المال حال عليه لوجود السبب وقبول النعمة ، إلا أنه لا يطالب لعمرته ، إذ جيع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر ، فصار كما إذا كفّل عن غائب أو مفلس ،

(باب كفالة العبد وعنه)

آخر ما يتعلق به لتأخره بالرد بالرق قوله ومن ضمن عن عبد مالا) موصوفا بكونه (لا يجب على العبد حتى يعتق) كأن أقر باستهلاك مال وكذبه المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور فإنه لا يجب عليه إلا بعد عتقه ، وكذا إذا أودع شيئا فاستهلكه أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى ، بخلاف مالهو كان استهلاكه للمال معانيها معلوما فإنه يؤخذ به في الحال ، فإذا كفّل رجل عن العبد بالمال الذي لا يجب عليه إلا بعد الحرية من غير أن يشترط في الكفالة تأجيلا (و) هذا هو المراد بقوله (لم يذكر حولا ولا غيره لزم) الكفيل (حالا لأن المال حال على العبد لوجود السبب وقبول النعمة) وعدم الأجل ، وكيف والعنت لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا (و) إنما (لا يطالب به لعمرته ، إذ جيع ما في يده ملك المولى لم يرض بتعلقه به) أى يتعلق الدين بملكه (والكفيل غير معسر) فالمانع الذي تحقق في الأصل منتف من الكفيل مع وجود مقتضى وهو الكفالة المطلقة بمال غير مؤجل فيطالب به في الحال (فصار كما لو كفّل عن مفلس أو غائب) يلزمه في الحال مع أن الأصل لا يازمه ،

فبالأصالة : قيل أخذ المعتق بالكفالة تصحيح لكفالة ببذل الكتابة وهي باطلة . وأجابوا بأن كل واحد منهما كان مطالبا بجميع الألف والباقي بعض ذلك فيبقى على تلك الصفة لأن البقاء يكون على وفق الثبوت ، فإن أخذ الذى أعتقه رجع على صاحبه بما أدى لأنه أداه عنه بأمره ، وإن أخذ صاحبه لم يرجع عليه بشئ لأنه أدى عن نفسه.

(باب كفالة العبد وعنه)

حق هذا الباب التأخير لأن العبد متأخر عن الحر ، إما لشرفه ولما لأن الأصل في بنى آدم هو الحرية ، ووضع ترثيه يقتضى تقديم كفالة العبد في البحث ، ولكن اعتبر كون الواو للجميع المطلق وفيه ما فيه . قال (ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه الخ) قوله لا يجب عليه صفة مالا . وجواب المسئلة قوله فهو حال وعذل عن عبارة محمد رحمه الله في الجامع الصغير ، وهى قول محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في العبد الذى يستهلك المال الذى لا يجب عليه حتى يعتق فضمنه رجل ولم يسم حالا ولا غير حال إلى عبارته في الكتاب لأن عبارة محمد تحتاج إلى تأويل ، فإن العبد إذا استهلك المال عيانا يؤخذ به في الحال . قال فخر الإسلام : مراده إذا أقر بالاستهلاك وكتبه للمولى . وقال بعضهم : مراده العبد المحجور عليه البالغ إذا أودع مالا فاستهلكه فإنه لا يؤخذ به في الحال بل بعد الإعتاق عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وأما عبارته في الكتاب وهو قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب

(باب كفالة العبد وعنه)

(قوله ولكن اعتبر كون الواو للجميع المطلق) أقول : وبدأ بالكفالة من العبد لقرب (قوله وفيه ما فيه) أقول : فإن عادة المصنفين ذكر الإجمال على وفق التفصيل وفيه مع (قوله إلى عبارته في الكتاب) أقول : قوله إلى متعلق بقوله هل في قوله وعذل عن عبارة محمد . (٢٠ - فتح القدير حتى - ٧)

بغلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر ، ثم إذا أدى رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق ، فكذا الكفيل لقيامه مقامه (ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فأت العبد برئ الكفيل) لبرائة الأصل كما إذا كان المكفول عنه بنفسه حراً . قال (فإن ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فأت العبد فأقام المدعى البينة أنه كان له ضمن الكفيل قيمته) لأن على المولى ردها

وهذا أحسن في حلول هذه الكفالة ، بخلاف وجه تأخير الدين إلى العتق وهو العسرة وعدم رضا المولى ، فإنه لو تم لزم تأخير دين الاستهلاك المعائن لعسرته وعدم رضا المولى ، بل الوجه عدم تذا تصرف غير المولى في حقه بما يضره : أعنى تصرف المقرض والبايع للعبد ولم يرض بإبداع المودع عند عبده ولا يتمكين المرأة ، وعدم نفاذ قول العبد في حق المولى إذا كان ينكذه ، بخلاف الاستهلاك المعائن فإنه ليس فيه أحدهما فينفذ في حقه دفعا لضرر لم يتسبب فيه على نفسه فيجب الدين في الحال فيؤخذ من كسبه إن كان له كسب والاتباع رقبته فيه إلا أن يقديه المولى ، هذا هو المرجح في قول محمد في العبد الذي يستهلك المال الذي لا يجب حتى يعتق (بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر) صحيح ، ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعائن ينبغي أن يرجع قبل العتق إذا أدى لأنه دين غير مؤخر إلى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه ، ويبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الأمر بالكفالة من العبد أو السيد ؟ وقرئ عندي كون المعتبر أمر السيد لأن الرجوع في الحقيقة عليه (قوله ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فأت العبد برئ الكفيل لبرائة الأصل) وهو ظاهر ، لا فرق في ذلك بين كون المكفول به حراً أو عبداً ، وإنما فرضنا في العبد ليرتب عليها مشكلة دعوى الرقبة وهي قوله (فلو كان ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فأت العبد فأقام المدعى البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته) لأن على المولى رد رقبة العبد

عليه حتى يعتق ولم يسم حلالاً ولا غيره فلا يحتاج إلى شيء لتناولها ما إذا أقر العبد باستهلاكه للحال وكليهما المولى أو أقرضه إنسان أو باعه وهو محجور أو وطي امرأة بشبهة بغير إذن المولى أو أودعه إنسان فاستهلكه فإنه لا يؤخذ بذلك كله للحال ، أما صحة الكفالة في هذه الوجوه فلا تارة كفل بمال مضمون على الأصل مقلود التسليم للكفيل فتصح كما في سائر الديون سواء كانت في ذمة المولى أو المفلس ، وأما كونها حلالاً فلا تارة المال على العبد المكفول عنه حال لوجود السبب وقبول النعمة ، لكن لا يطالب لوجود المانع عن المطالبة وهو العسرة ، إذ جميع ما في يده ذلك المولى ولم يرض بتعلق الدين بملكه ، وهذا المانع غير متحقق في حق الكفيل لأنه غير معسر فيجب العمل بالمقتضى وصاروا كالكفالة عن غائب تصح ، ويؤخذ به الكفيل حلالاً وإن عجز الطالب عن مطالبة الأصل ، وكالكفالة عن مفلس بتشد يد اللام فلها تصح ويؤخذ به الكفيل في الحال وإن كان في حق الأصل متأخراً إلى الميسرة . فإن قيل : إذا لم يؤخذ من العبد إلا بعد العتق فلم لم يجعل هذا بمنزلة دين مؤجل حتى لا يؤخذ الكفيل أيضاً إلا بعد الأجل . أجاب بقوله بخلاف الدين المؤجل لأنه متأخر بمؤخر : يعنى أن الدين ثمة متأخر عن الأصل بمؤخر : أى بأمر يوجب التأخير وهو التجايل لا بمانع يمنع عن المطالبة بعد وجوبه حلالاً ، وقد التزم الكفيل ذلك فلزمه مؤجلاً ، ثم إذا أدى الكفيل رجع على العبد بعد العتق لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق ، فكذا الكفيل لقيامه مقامه . قال (ومن ادعى على عبد مالا الخ) الكفالة بالنفس لا تنافوت بين ما إذا كان المكفول بنفسه حراً أو عبداً فإنه يموت يبرأ الكفيل لبرائة الأصل كما لو كان حراً ، وذكر هذه تهيداً التي بعدها وليان الفرق بينهما (فإن ادعى رقبة العبد على ذى اليد فكفل به رجل فأت العبد فأقام المدعى البينة أن العبد كان له ضمن الكفيل قيمته) لأن على المولى رد الرقبة

على وجه يختلفها قيمتها ، وقد التزم الكفيل ذلك و بعد الموت تبقى القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل ، بخلاف الأول . قال (وإذا كفّل العبد عن مولاه بأمره فتق فآداه أو كان المولى كفّل عنه فأداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه) وقال زفر : يرجع ، ومعنى الوجه الأول أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال عن المولى إذا كان بأمره ، أما كفالته عن العبد فتصح على كل حال . له أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمسانح وهو الرق قد زال . ولنا أنها وقعت غير موجبة للرجوع لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً وكذا العبد على مولاه ،

على وجه يختلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك ، وبعد الموت القيمة واجبة على الأصيل فكذا على الكفيل (فهو كما لو كفّل بالمغصوب حيث يوتخذ برد عينه ، فإن عجز بقيمته . فحاصله أنه كفّل بمال هو رقة العبد والمكفول عنه المولى : بخلاف ما لو كفّل بالمال الذي على العبد فأت يجب ضمانه والمكفول عنه فيه هو العبد ، وكذا عن الحر فأت الحر مفلساً لا يبرأ الكفيل في قولهم جميعاً ، بخلاف من كفّل عن المفلس بعد موته على ما تقدم من الخلاف فيه) قوله وإذا كفّل العبد عن مولاه بأمره فتق فآدى أو كان المولى كفّل عن عبده وأدى بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على الآخر (بشئ) (و) نقل (عن زفر رحمه الله) في شرح الجامع (أنه يرجع) قال المصنف (ومعنى الوجه الأول) يعنى ضمان العبد عن سيده (أن لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته عن سيده) وهذا لأن الأصل أن كفالة العبد لا تصح مطلقاً لأن الكفالة إنما تصح ممن يصح منه التبرع على ما قدمناه أول الباب فلذا لا تصح من الصبي غير المأمون ، غير أن أمر السيد له بها فك للحجر عنه فيه فتصح حتى تبرع رقبته في دين الكفالة إذا كفّل لغير السيد بإذن السيد ، فإذا كان على العبد دين لا يملك السيد ماليته لتعلق حتى الغرماء بها فلا يعمل أمره بإياه بالكفالة ، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين فإن لمولاه الحق في ماليته فيعمل إذنه له في أن يكفّل عنه . وفي بعض نسخ الهداية : ومعنى المسئلة أن يكون عليه دين وليس صحيحة لما بينا . أما كفالة السيد عن العبد فصحيحة على كل حال سواء كان على العبد دين أو لا . فإن قيل : دين العبد الذي يظهر في حق المولى يقضى من ماليته وهى ملك المولى فأى فائدة في هذه الكفالة ؟ أجيب بأن الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة مع الدين أولاً معه يقضى من جميع أمواله ، بخلاف ما إذا لم يكفّل فإنه لا يلزمه عينا إلا أن يسلمه لبياع ، وقد لا يبيئ ثمنه بالدين فلا يصل الغرماء إلى تمام الدين وبالكفالة يصلون (لزفر رحمه الله أنه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بأمره والمسانح وهو كونه عبده) ولا يستوجب واحد من السيد والعبد ديناً على الآخر (قد زال) بالعتق فإن الأداء منهما بعده فيجب الرجوع (ولنا أنها وقعت) من كل منهما (غير موجبة للرجوع) بما قلنا وإن واحدا منهما لا يستوجب ديناً على الآخر

على وجه يختلفها القيمة) عند العجز عن ردها ، وإذا وجب ضمان القيمة على الأصيل وجب على الكفيل لأنه التزم المطالبة بما على الأصيل ، وقد انتقل الضمان في حق الأصيل إلى القيمة فكذا في حق الكفيل ، بخلاف الأول : أى الضمان الأول لأن على ما التزمه وهو العبد قد فات وسقط عن العبد تسليم نفسه فكذا عن كضيله ، وإنما قبله بإقامة البينة احترازاً عما إذا ثبت الملك له بإقرار ذى اليد أو ينكوله عن اليمين حيث تقضى بقيمة العبد الملت على المدعى عليه ، ولا يلزم الكفيل لأن الإقرار حجة قاصرة إلا إذا أقر الكفيل بما أقر به الأصيل . قال (وإذا كفّل العبد عن مولاه بأمره الخ) إذا كفّل العبد عن مولاه بأمره فالحال لا يخلو إما أن يكون عليه دين مستغرق أولاً ، فإن كان الأول لم تصح كفالته حتى الغرماء وإن كان بإذن المولى ، وإن كان الثاني صحت

فلا تنقلب موجبة أبداً كن كفل عن غيره بغير أمره فأجازه (ولا تجوز الكفالة بمال الكتابة حرّ تكفل به أو عبد)
لأنه دين ثبت مع المنافى

(فلا تنقلب موجبة أبداً كن كفل عن غيره بغير أمره) فبلغه (فأجاز فأدّى الكفيل لا يرجع) لأن معنى الأمر وإن تحقق في حالة البقاء لم يوجب حكم الابتداء وهو الرجوع لأن الأصل أن ما يقع (١) لازماً لا يكون لبقائه حكم الابتداء ، وهذه الكفالة حين وقعت وقعت غير موجبة للرجوع لما قلنا من أن كل واحد من السيد والعبد لا يستوجب على الآخر ديناً إلا أن يكون العبد مديوناً فحينئذ يثبت له الدين على السيد ، وإذا وقعت غير موجبة فلو انقلبت موجبة كان في حال البقاء وليس لبقائها حكم الابتداء لأنها تقع لازمة ، وقد طوّل بالفرق بين هذه وبين الرهن إذا أعتق العبد الرهن وهو معسر فإن العبد يسعى في ذلك الدين ثم يرجع به على سيده فلم لا يرجع هنا ؟ أجب بأن استيجاب الدين على مولاه وقع بعد العتق فلم يكن فيه تناف وقت استيجاب الدين لحرية ما إذا كان فجاز أن يرجع على المولى ، أما هنا فزمان استيجاب الدين وهو زمان الكفالة كان عبداً فيه (قوله ولا تجوز الكفالة ببذل الكتابة حرّ تكفل به أو عبد) وكذا لا تجوز بمال آخر للسيد على المكاتب (لأنه) أى عقد الكتابة (ثبت مع المنافى) وهو عبديته للسيد المكاتب لأنه عبد مابى عليه درهم ، وذلك يقتضى تقي الدين للسيد على عبده ،

إن كانت بأمره لأن ماليت مولاه فله أن يجعلها بالدين بالرهن والإقرار بالدين ، وإذا كفل المولى عن عبده ففى صححة سواء كانت بالنفس أو المال مديوناً كان العبد أو غير مديون ، فإذا صحّت الكفالة وأدى العبد ما كفل به بعد عتقه أو أدى المولى ذلك بعد عتق عبده لم يرجع واحد منهما على صاحبه . وقال زفر : يرجع لأن الموجب للرجوع وهو الكفالة بالأمر تحقق والمنع وهو الرق قد زال وقلنا : هذه الكفالة قد انقضت غير موجبة للرجوع لأن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً إذا لم يكن عليه دين مستغرق ، وكذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً بمال ، وكل كفالة تنعقد غير موجبة للرد لا تنقلب موجبة أبداً كن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجاز فإن الكفيل بعد الأداء لا يرجع على الأصيل بشيء لذلك . ونوقض بأن الرهن إذا أعتق العبد المرهون وهو معسر وسعى العبد في الدين فإنه يرجع به على المولى مع أن العبد هناك لا يستوجب ديناً على مولاه . وأجيب بأنه مغالطة فإن كلامنا في أن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً وفيما ذكرت الحرّ يستوجب ديناً لأن استيجاب الدين عليه إنما هو بعد العتق لكونه غير مطالب به قبل العتق فلا يكون مما نحن فيه ، ولا تجوز الكفالة عن المكاتب بمال الكتابة تكفل به حر أو عبد ، وإنما قال بمال الكتابة دون بدل الكتابة ليتناول البذل . وكل دين يكون للمولى عليه أيضاً غير بدل الكتابة ، أما في بدل الكتابة فألّفه دين غير مستقرّ لثبوته مع المنافى وهو الرق فإن المكاتب عبد مابى عليه درهم فكان القياس أن لا يصح إيجاب بدل الكتابة عليه لما ذكرنا أن المولى لا يستوجب على عبده شيئاً من المال لكن ترك القياس بقوله تعالى - فكاتبهم إن علمتم فيهم خيراً - وكل ما ثبت مع المنافى كان غير مستقرّ : أى ثابتاً من وجه دون وجه فلا يظهر في حق صحة الكفالة لاقتضاءها ديناً مستقراً لأنها لتوثيق المطالبة ، وإذا كان غير مستقرّ

(قوله وإنما قال بمال الكتابة الخ) أقول : فيه رد لصاحب التباية حيث قال : التضييع بمال الكتابة غير مفيد ، فإنه كما لا يجوز الكفالة بمال الكتابة عن المكاتب للمول لا يجوز بدين آخر للمول سوى بدل الكتابة على المكاتب ، ذكره في المبسوط انتهى . إلا أن في تعليق مال الكتابة لما سوى بدل الكتابة تأيلاً (قوله أما في بدل الكتابة ، إلى قوله : وتقريره أن الكفالة إن صحّت الخ) أقول : وتقريره الأول علق أن مال

(١) (قوله أن ما يقع) في نسخة العلامة البيربوى : أن ما لا يقع ، وكتب عليها بالهشاش : أصل التسخ بفتح لا التافى ، فليتأمل مع ما يأتي له .

فلا يظهر في حق صحة الكفالة ، ولأنه لو عجز نفسه سقط ، ولا يمكن إثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل ، وإثباته مطلقا ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد ، وبذلك السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة لأنه كالمكاتب عنده :

وإن ثبت فإثباته على خلاف القياس بالنص لتحقيق العتق لتشوف الشارع إليه فيقتصر عليه (فلا يظهر في حق صحة الكفالة ، ولأن المكاتب لو عجز نفسه سقط) هذا الدين (ولا يمكن إثباته) أى إثبات هذا الدين (على هذا الوجه على الكفيل) وهو كونه إذا عجز الكفيل نفسه يسقط عنه (وإثباته مطلقا) في ذمة الكفيل عن هذا الوصف (ينافي معنى الضم لأن من شرطه الاتحاد) ولو أثبتناه على الإطلاق على الكفيل وعلى تمكنه من إسقاطه على الأصل لم يتحد الدين عليهما (وبذلك السعاية كمال الكتابة في قول أبي حنيفة رحمه الله لأنه كالمكاتب عنده) لليلة الأولى ، لأن له أحكام العبد عنده حتى لا تقبل شهادته ، ولا يتزوج أكثر من ثنتين وينصف حده . وقسمها دون العاة الثانية إذ لا يقدر على أن يسقط عنه دين السعاية بتعجيز نفسه ، وعندهما تصح الكفالة به لأنه حر مملوك عندهما ، وأما الكفالة للمكاتب بدين له على السيد ليس من جنس بدل الكتابة فجائزة . وأما العبد التاجر إذا ادان مولاه ديناً ، فإن لم يكن على العبد دين وأخذ منه كفيلاً له فالكفالة باطلة لأن العبد لا يستوجب على مولاه ديناً ، وإن كان عليه دين صحّت الكفالة لأن كسبه حق الغرماء لا السيد فكان الدين واجباً في ذمته كما في ذمة غيره فصحت الكفالة ، والكفالة بالنفس مثل ذلك إن لم يكن على العبد دين لاتصح ، وإن كان صحّت .

جاز أن يسقط بغير اختيار الطالب فلم يبق للكفالة فائدة ، بل قد تكون هزواً ولعباً (قوله ولأنه) دليل آخر على عدم استقراره ، فإنه إذا عجز نفسه سقط الدين والمستقر مع الدين مالا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء . وقوله (ولا يمكن إثباته) دليل آخر على المدعى وهو عدم صحة الكفالة ببذل الكتابة ، وتقديره أن الكفالة إن صحّت به فلا يخلو إما أن يكون ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصل وهو أن يسقط بتعجيز الكفيل نفسه كما يسقط بتعجيز الأصل نفسه أو مطلقاً ولا سبيل إلى كل واحد منهما . أما الأول فظاهر لأن الأصل بتعجيز نفسه يد رقيقاً لمولاه كما كان والكفيل ليس كذلك . وأما الثاني فلفوات شرط الضم الذي هو ركن الكفالة لأن من شرطه الاتحاد في صفة الواجب بالكفالة تحقيقاً لمعنى الضم ونفياً لازياداً على الملتزم ، ألا ترى أن الدين لو كان على الأصل مؤجلاً كان على الكفيل كذلك في الكفالة المطلقة ، ولو كان جديداً أو زيفاً على الأصل كان على الكفيل كذلك ، والمطلق غير متحد مع المقيد ، فلو أئزمناه مطلقاً لزم إلزام الزيادة على ما التزم وهو غير جائز ، وأما في غير بدل الكتابة فلائنه إذا عجز نفسه يسقط عنه بفسخ الكتابة سقوطاً بلها لا بئنائها عليها ، إذ لو لاها لم يستوجب المولى عليه شيئاً (وبذلك السعاية كمال الكتابة) في عدم جواز الكفالة به للمولى (على قول أبي حنيفة رحمه الله لكونه ديناً غير مستمر لثبوته مع المتأني) لما أن أحكام المستسمى أحكام العبد عنده من عدم قبول الشهادة وتزوج المأثنتين وتنصيب الحدود وغيرهما . وعلى قولهما تصح لأن بدل الكتابة لم يكن مستقراً لسقوطه بالتعجيز وهو في السعاية لا يتحقق فكان كالحر المدين ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

الكتابة دين ثبت مع المتأني في النسي ، وكل ما هو كذلك لا يظهر في غير مورد للنسي ، فهذا الدين لا يظهر في حق الكفالة . وتقدير الثاني أنه دين لو عجز نفسه سقط وكل ما هو كذلك لاتصح الكفالة به ، لأنه لو كان ثبوته على الكفيل على وجه ثبوته على الأصل ، والكفالة لتعريف المطالبة فلا فائدة فيها فليتأمل . ثم أقول : قوله ولأنه دليل آخر على عدم استقراره على بحث ، إذ لا يخفى في كلام المصنف عما ذكره ، بل الظاهر أن قوله ولأنه دليل آخر على المدعى ، وقوله ولا يمكن إثباته تنصير للدليل ، والله الهادي إلى مستقيم السبيل (قوله أما الأول فظاهر) أقول : فيه تأمل (قوله وأما في غير بدل الكتابة فلائنه إذا عجز الخ) أقول : سقوط على ما تقدم ينصف صحيفه وهو قوله أما في بدل الكتابة فلائنه دين غير مستمر .

(كتاب الحوالة)

(كتاب الحوالة)

الحوالة تناسب الكفالة لأن كلا منهما عقد التزام ماعلى الأصل للتوثيق ، إلا أن الحوالة تتضمن برادة الأصل برادة مقيدة على ماستعلم ، بخلاف الكفالة لاتتضمنه فكانت كالمركب مع المفرد ، والمفرد مقدم فأخر الحوالة عنها . وأيضا أثر الكفالة أقرب إلى الأصل وهو عدم السقوط بعد الثبوت وأثر الحوالة أبعد منه : والحوالة اسم من الإحالة ، ومنه يقال أحلت زيدا بما له على عمرو فاحتمل أى قبل فأنما يحيل وزيد محال ، ويقال محتمل والمحال محتمل به والرجل محال عليه ، ويقال محتمل عليه ، فتقدير الأصل فى محتمل الواقع فاعلا محتمل بكسر الواو ، وفى الواقع مفعولا محتمل بالفتح كما يقدر فى مختار الفاعل مختير بكسر الياء ويفتحها فى مختار المفعول ، وإما صلة له مع المحتمل الفاعل فلا حاجة إليها ، بل الأصله مع المحال عليه لفظة عليه فهما محتمل ومحتمل عليه ، فالترق بينهما بعدم الصلة وبصلة عليه . وفى المغرب تركيب الحوالة يدل على الزوال والنقل ، ومنه التحويل وهو نقل الشيء من محل إلى محل ، ويقال للمحتمل تحويل أيضا ، فالحيل هو المديون والمحال والمحتمل رب الدين ، والمحال عليه والمحتمل عليه هو الذى التزم ذلك الدين للمحتمل والمحتمل به نفس الدين : وهى فى الشرع نقل المطالبة من ذمة المديون إلى ذمة الملتزم ، بخلاف الكفالة فإنها ضم فى المطالبة لا نقل فلا يطالب المديون بالاتفاق ، وإنما اختلف المشايخ أن الدين أيضا ينقل أولا وسنذكره من قريب ، فلو أريد التعريف على قول الناقلين بخصوصهم قيل نقل الدين

(كتاب الحوالة)

الحوالة تناسب الكفالة من حيث أن فيها التزاما بما على الأصل كما فى الكفالة ، ولهذا جاز استعارة كل منهما للآخر إذا اشترط موجب إحداها للآخرى عند ذكر الأخرى ، لكنه أخر الحوالة لأنها تتضمن برادة الأصل والبرادة تقفو الكفالة فكذلك ما يتضمنها . والحوالة فى اللغة هى النقل وحروفها كيفما تركبت دلوت على معنى النقل والزوال . وفى اصطلاح الفقهاء تحويل الدين من ذمة الأصل إلى ذمة المحتمل عليه على سبيل التوثيق به . وأما شرطها

(كتاب الحوالة)

قال فى البدائع : الأصل أن كل مالا تصح الكفالة به لاتصح الحوالة به انتهى . وفى التيسر غاية أنه يجوز إحالة المكاتب سيده على رجل مقيدة بدين أو غصب أو ودية ، وإذا صحت الحوالة برئ المكاتب وعنى . وقال فيه : وإن أحال سيده غريمه على مكاتبه ولم يقيد بهيد الكتابة لاتصح ، وإن قيد بهيد الكتابة صحت وصار المكاتب وكلاء عن السيد بإداه بدل الكتابة إلى غريمه ، ولا يفتى مالم يؤد ، فإن مات سيده قبل الأداء إلى آخر ما ذكر فى التيسر غاية . قال الإيتقان : يحتاج هاتنا إلى معرفة أربعة أشياء : الحيل وهوالذى عليه الدين ، والمحتمل له وهو الدائن ، والمحتمل عليه وهوالذى قبل الحوالة ، والمحتمل به وهو المال انتهى . وفى معراج الدراية : يقال أحلت زيدا بما له على رجل فاحتمل أى قبل فأنما يحيل وزيد محال ومحتمل والمحتمل به والرجل محتمل عليه ومحال عليه ، وتقدير المحتمل فى الفاعل على محتمل بكسر الواو ، وفى المفعول بالفتح ، وقولهم المحتمل المحتمل له لئلا لأنه لا حاجة إلى هذه الصلة ، ويقال للمحتمل حويل (قوله والبرادة تقفو الكفالة) أقول : إذا لم يكن بأمر (قوله وفى اصطلاح الفقهاء تحويل الدين الخ) أقول : هذا التيسر ينافى على الصحيح عما اختلف فيه المشايخ على ما سبق .

قال (وهي جائزة بالديون) قال عليه الصلاة والسلام « من أحمّل على مئة فليتبّع » ولأنه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة ، وإنما اختصت بالديون لأنها تنبئ عن النقل والتحويل ، والتحويل في الدين لا في العين . قال (وتصح الحوالة برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلاّذن الدين حقّه وهو الذي ينتقل بها والذم متفاوتة

أو وقول النافين قيل نقل المطالبة فقط (قوله وهي جائزة بالديون) قال صلى الله عليه وسلم فيها ورواه أبو هريرة رضى الله عنه « مطل الغنى ظلم » وإذا أتبع أحدكم على مئة فليتبّع » متفق عليه . وأما بلفظ أحمّل مع لفظ يتبّع كما ذكره المصنف فرواية الطبراني عن أبي هريرة في الوسط قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مطل الغنى ظلم » ومن أحمّل على مئة فليتبّع » ورواه أحمد وابن أبي شيبة « ومن أحمّل على مئة فليحتل » قيل : وقد يروى فإذا أحمّل بالفاء فيفيد أن الأمر بالاتباع للملاءة على معنى أنه إذا كان مطل الغنى ظلماً ، فإذا أحمّل على مئة فليتبّع لأنه لا يقيض في الظلم والله أعلم . ثم أكثر أهل العلم على أن الأمر المذكور أمر استحباب ، وعن أحمد للوجوب ، والحق الظاهر أنه أمر إباحة هو دليل جواز نقل الدين شرعاً أو المطالبة ، فإن بعض الأملاء عنده من اللد في الخصومة والتعصير ما تكثر به الخصومة والمضاربة ، فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل علمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم ، وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك في أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المدينين والتيسير عليه ، ومن لا يعلم حاله فباح لكن لا يمكن إضافة هذا التفصيل إلى النص لأنه جمع بين معنيين مجازين للفظ الأمر في إطلاق واحد ، فإن جعل الأقرب أضمر معه القيد وإلا فهو دليل الجواز للإجماع على جوازها دفعا للحاجة ، وإنما خصت بالدين لأن النقل الذي تضمنته نقل شرعى وهو لا يتصور في الأعيان ، بل المتصور فيها النقل المحسوس فكانت نقل الوصف الشرعى وهو الدين (قوله وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه) أما المحتال فلاّذن الدين حقّه (وهو) أى الدين (الذى ينتقل بها) أى بالحوالة (والذم متفاوتة)

فستذكره في أثناء الكلام ، وكذا حكمها وأنواعها . قال (وهي جائزة بالديون الخ) الحوالة جائزة بالديون دون الأعيان ، أما الجواز فينبط عليه النقل والعقل . أما الأول فاروى أبو داود في السنن وقال : سعدنا القعني عن مالك عن أبي الزناد عن الأعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مطل الغنى ظلم » وإذا أتبع أحدكم على مئة فليتبّع » وقال الترمذى في جامعه بعد ما روى الحديث بإسناده إلى أبي هريرة : حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح ، ومعناه : إذا أحمّل أحدكم على مئة فليحتل . أمر بالاتباع والإجماع بسبب ليس بمشروع ولا يكون مأموراً به من الشارع فدل على جوازها . وأما الثانى فلاّذنه قادر على إيفاء ما التزمه وهو ظاهر ، وذلك يوجب الجواز كالكفالة ، وأما اختصاصها بالديون فلاّذنها تنبئ عن التحويل لما ذكرنا ، والتحويل في الدين لا في العين ، وتقريره الحوالة تحويل شرعى ، والتحويل الشرعى إنما يتصور في محول شرعى وهو الدين لأنه وصف شرعى في النعمة يظهر أثره عند المطالبة فيجوز أن يعتبره الشرع في ذمة شخص آخر بالتزامه . وأما العين إذا كان في محل محسوس فلا يمكن أن يعتبر في محل آخر ليس هو فيه لأن المحسوس يكذب فلا يتحقق فيه إلا النقل المحسوس ، وليس ذلك مما نحن فيه . قال (وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه الخ) شرط صحة الحوالة رضا المحتال لأن الدين حقّه ، وهو أى الدين ينتقل بالحوالة والذم متفاوتة فلا بد من رضاه ، ولا خلاف في ذلك لأحد من أهل العلم ، وأما رضا المحتال عليه فهو شرط عندنا . وقال الشافعى : إن كان للمحيل دين عليه فلا يشترط ، وبه قال مالك

فلا بد من رضاه ، وأما المختال عليه فلائمه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه ، وأما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المختال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لأنه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره .

في حسن القضاء والمطل (فلا بد من رضاه) ولا لزوم للضرر بل التزامه إتباع من لا يوقفه (وأما المختال عليه فلائمه) الذي يلزمه الدين ولا لزوم إلا بالتزامه) ولو كان مديونا للمحيل لأن الناس يتفاوتون في الاقتضاء من بين سهل ويسر وضعب معسر (وأما المحيل فالحوالة تصح بلا رضاه ذكره في الزيادات لأن التزام الدين من المختال عليه تصرف في حق نفسه وهو) أي المحيل (لا يتضرر به بل فيه نفعه) عاجلا باندفاع المطالبة عنه في الحال وأجلا بعدم الرجوع عليه (لأنه لا يرجع إلا بأمره) وحيث تثبت الحوالة بغير رضاه كان بغير أمره ، وأول في الأوضح المذكور في القدوري بما إذا كان للمحيل على المختال عليه دين يقبل ما يقبل الحوالة ، فإن قبول الحوالة حينئذ من المختال عليه يكون إسقاطا لمطالبة المحيل عن نفسه : أعني نفس المختال عليه فلا تصح إلا برضاه ، وكذا في التجايزية . واشتراط رضا المحيل قول الأئمة الثلاثة ، قالوا لأن للمحيل إبقاء ما عليه من أي جهة شاء فلا يتعين عليه بعض الجهات قهرا . ونقل ابن قدامة أن رضا المحيل لا خلاف فيه ليس بصحيح . وصورته أن يقول رجل لصاحب الدين لك على فلان بن فلان ألف فاحتل بها على فرضي الطالب وأجاز صحت الحوالة حتى لا يكون له أن يرجع بعد ذلك ، وستين الحق فيه عندنا . هذا ولا تصح الحوالة في غيبة المختال في قول أبي حنيفة ومحمد كما قلنا في الكفالة إلا أن يقبل رجل الحوالة للعقاب فتوقف على إجازته إذا بلغه ، وكذا لا يشترط حضرة المختال عليه ، حتى لو أحوال على

وأجد لأنه محل التصرف فلا يشترط رضاه ، كما لو باع عبدا فإنه لا يشترط رضاه لأن الحق للمحيل عليه فله أن يستوفيه بنفسه وبغيره كما لو وكل في الاستيفاء ، وأما إذا لم يكن للمحيل دين عليه فيشترط رضاه بالإجماع ، وقلنا إنه إلتزام الدين ولا لزوم بدون الإلتزام . لا يقال : إلتزام الحاكم بالبيعة على المنكر الإلتزام بدون الإلتزام لأن الحكم إظهار للإلتزام لا الإلتزام ، وأما رضا المحيل فقد شرطه القدوري وعسى يعطل بأن خوى المروءات قد يأفون بتحمل غيرهم ما عليهم من الدين فلا بد من رضاهم . وذكر في الزيادات أن الحوالة تصح بدون رضاه لأن التزام الدين من المختال عليه تصرف في حق نفسه ، والمحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه لأن المختال عليه لا يرجع عليه إذا لم يكن بأمره . قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الرجوع عليه إذا كانت بأمره . وقيل : لعل موضوع ما ذكر في القدوري أن يكون للمحيل على المختال عليه دين يقبل ما يقبل الحوالة ، فإنها حينئذ تكون إسقاطا لمطالبة المحيل عن المختال عليه فلا تصح إلا برضاه ، والظاهر أن الحوالة قد يكون ابتداءها من المحيل وقد يكون من المختال عليه ، والأول إحالة وهو فعل اختياري لا يتصور بدون الإرادة والرضا ، وهو وجه رواية القدوري ، والثاني احتيالي يتم بدون إرادة المحيل بإرادة المختال عليه ورضاه . وهو وجه رواية الزيادات ، وعلى هذا اشتراطه مطلقا كما ذهب إليه الأئمة الثلاثة بناء على أن إبقاء الحق حقه فله إضاؤه من حيث شاء من غير قسم عليه بتعيين بعض الجهات أو عدم اشتراطه

(قوله وقلنا إنه إلتزام الدين الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الدين كان ثابتا في ذمة فليتأمل . قال صاحب البائع : ولنا أن الحوالة تصرف على المختال عليه بنقل الحق إلى ذمة فلا يتم إلا بقوله ورضاه ، بخلاف التوكيل بتقضى الدين لأنه ليس تصرفا عليه بنقل الواجب إليه ابتداء بل هو تصرف بأداء الواجب فلا يشترط قبوله ورضاه انتهى ، فيه تأمل . (قوله قيل وعلى هذا تكون فائدة اشتراط الخ) أقول : ضمير اشتراطه راجع إلى الرضا ، ثم إن المثال هو الكفاي (قوله وقيل لعل الخ) أقول : المثال هو التجايزي نقلنا من الأوضح (قوله وعلى هذا اشتراط الخ) أقول : قوله اشتراطه مجزا ، وقوله ليس على ما ينبغي خيره .

قال (وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول) وقال زفر : لا يبرأ اعتباراً بالكفالة ،

غائب قبله فأجاز صحت (قوله وإذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل من الدين) هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحيح من المذهب ، وقول طائفة أخرى : لا يبرأ إلا من المطالبة فقط (وقال زفر : لا يبرأ) من المطالبة أيضاً ، فالنظر في خلاف المشايخ أولاً حتى يثبت المذهب ثم ينظر في خلاف زفر ، فالقائلون إن المذهب لا يبرأ عن الدين استدلوا بمسائل ذكرها محمد تقي ذلك . فمنها أن المحتال إذا أبرأ المحتال عليه يصح ولا يرد برده كإبراء الكفيل ؛ ولو انتقل أصل الدين إلى ذمة المحتال عليه وجب أن يرد برده كما لو أبرأ المحتال المحيل قبل الحوالة لما فيه من معنى التخليك . ومنها أن المحيل إذا نقد المحتال ماله بعد الحوالة يبرر على القبول ، فلو انتقل أصل الدين بالحوالة كان متبرعاً

مطلقاً كما ذهب إليه بعض الشارحين بناء على رواية الأزيادات ليس على ما ينبغي . قال (وإذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول الخ) إذا تمت الحوالة بركتها وشرطها كان حكمها براءة المحيل من الدين ، وقوله بالقبول متعلق بقوله إذا تمت الحوالة ، والمراد به رضا من رضا شرط فيها على ما تقدم ، وقوله من الدين اختيار منه لما هو الصحيح مما اختلف فيه مشايخنا ، فإن منهم من ذهب إلى أنها توجب براءة ذمة المحيل عن المطالبة والدين جميعاً ، ومنهم من ذهب إلى أنها توجب براءتها عن المطالبة ، ومنشأ ذلك ذكر محمد رحمه الله أحكاماً تدل على القولين . فبما يدل على الأول ما قال إن المحتال إذا وهب الدين من المحيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لاتصح هبته ولا إبرأؤه ، ولو بقي الدين في ذمته وجب أن تصح ، ولو أبرأ الحال عليه أو وهب الدين منه صح ، وهذا يقتضي تحول الدين إلى ذمة الحال عليه وبرائة المحيل عنه . وبما يدل على الثاني أن المحتال إذا أبرأ الحال عليه صح ولا يرد بالرد كإبراء الكفيل . ولو انتقل أصل الدين إلى الحال عليه وجب أن يرد برده ، كما لو أبرأ المحيل قبل الحوالة والأصيل في الكفالة ، فإن الإبراء حينئذ يكون تخليك الدين ممن عليه الدين ، والتخليك يرد بالرد . ومنها أن المحيل إذا نقد ما للمحتال يبرر المحتال على القبول ، ولو انتقل الدين بالحوالة يكون المحيل متبرعاً في نقد المال كالأجنبي ، والأجنبي إذا تبرع بقضاء الدين لا يبرر رب المال لاتصح لبرأته بالحوالة ، وعند محمد على قبوله . قالوا : والأول هو الصحيح لأنه تصرف في تحويل الدين فيجب تحويله . وقيل الأول قول أبي يوسف والثاني قول محمد ، والقائدة تظهر ، فالراهن إذا أحال المرتن بالدين هل يسترد ؟ فعند أبي يوسف يسترده كما لو أبرأ عن الدين ، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن ، وفيها إذا أبرأ الطالب المحيل بعد الحوالة عند أبي يوسف تصح لبقاء الدين في ذمته ، إذ التحول بها هو المطالبة لا غير . لا يقال : ماذكره المصنف يدل على وجه ثالث وهو البراءة عن الدين دون المطالبة حيث لم يتعرض للذكرها ، لأن انتقال الدين بلا مطالبة يستلزم وجود المزموم بلا لازم وهو ممتنع فأنكى بذكر الدين عن المطالبة لاستلزامها إياه . وقال زفر رحمه الله : لا يبرأ لأن الحوالة كالكفالة لأن كل واحد منهما عقد توثيق وفي الكفالة لا يبرأ فكذلك في الحوالة . وقال ابن أبي ليلى : ونقل ذلك عن مالك رحمه الله : الكفالة كالحوالة لما ذكرنا ، وفي الحوالة يبرأ فكذلك في الكفالة ، وجوابها واحد وهوان الحكم غير مضاف إلى ماذكرتم من المشترك بل إلى الفارق وهو اختصاص كل واحد منهما بمفهوم خلافاً لمفهوم الآخر لغة ، فإن

(قوله لأن انتقال الدين بلا مطالبة) أقول : لا يقال لو كانت المطالبة لازمة للدين لم يكن القبول باعتباره المطالبة دون الدين مجال لاستلزامه ماذكرتم لأن المطالبة ليست بلامدة للدين نفسه بل لاتصله إذ لا فائدة في انتقاله بغيرها وجود أصل الدين بغيرها فإن فائدتها الرجوع على تقدير التوى فليأمل فإن الكلام على هذه .

إذ كل واحد منهما عقد توثق ، ولنا أن الحوالة للنقل لغة ، ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن النعمة لأبني فيها . أما الكفالة فلضم والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق باختيار الإملا والأحسن في القضاء ،

بمال المحتال فلا يبرر على قبوله لغيره . ومنها أن المحتال إذا وكل الخيل بقبض مال الحوالة من المحتال عليه لا يصح ، ولو انتقل الدين صار الخيل أجنبيا عنه ، وتوكيل الأجنبي بقبض الدين صحيح . ومنها أن المحتال إذا أبرأ الخيل عليه لا يرجع المحتال عليه بذلك على الخيل ، فلو كانت الحوالة بأمر الخيل ولو وهب من المحتال عليه يرجع به على الخيل كما في الكفيل إلا إن لم يكن للمخيل عليه دين وإلا التقيا قصاصا ، ولو كان الدين يتحول إلى ذمته كان الإبراء والمهبة في حقه سواء فلا يرجع . والقائلون إن المذهب ينتقل الدين استدلووا بأن المحتال إذا وهب الدين من الخيل أو أبرأه من الدين بعد الحوالة لا يصبح إبرأؤه وهبته ، ولو بقي الدين في ذمته صح ، وجعل شيخ الإسلام هذا الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ؛ فقد أتى يوسف ينتقل الدين والمطالبة ، وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين . قال : وفائدة هذا الخلاف تظهر في مستثنين : أحدهما أن الراهن إذا أحال المرتين بالدين فله أن يسترد الرهن عند أبي يوسف كما لو أبرأه عنه ، وعند محمد لا يسترده كما لو أجل الدين بعد الرهن . والثانية إذا أبرأ الطالب الخيل بعد الحوالة لا يصح عند أبي يوسف لأنه يرى بالحوالة ، وعند محمد يصح وبرئ الخيل لأن أصل الدين باق في ذمته ، وإنما تحولت المطالبة ليس غير ، وقد أنكر هذا الخلاف بينهما بعض المحققين وقال : لم ينقل عن محمد نص بنقل المطالبة دون الدين ، بل ذكر أحكاما متشابهة واعتبر الحوالة في بعضها تأجيلا وجعل المحول بها المطالبة لا الدين ، واعتبرها في بعض الأحكام إبراء وجعل المحول بها المطالبة والدين ، وإنما فعل هكذا لأن اعتبار حقيقة اللفظ يوجب نقل المطالبة والدين ، إذ الحوالة منبئة عن النقل وقد أضيف إلى الدين ، واعتبار المعنى يوجب تحويل المطالبة لأن الحوالة تأجيل معنى ، ألا ترى أنه إذا مات المحتال عليه فمفسا يعود الدين إلى ذمة الخيل ، وهذا هو معنى التأجيل ، فاعتبر المعنى في بعض الأحكام واعتبر الحقيقة في بعضها . نعم يحتاج إلى بيان كمية خصوص الاعتبار في كل مكان ، وسيميجب المصنف عن بعضها في خلافة زفر هذه . إذا عرف المذهب حينئذ جثنا إلى خلاف زفر له الاعتبار بالكفالة بجامع أن كلا منهما عقد توثق ولم ينتقل فيها دين ولا مطالبة . بل تحقق فيها اشتراك في المطالبة ، ولأن عدم الانتقال أدخل في معنى التوثق إذ يصير له مكتنة أن يطالب كلا منهما فكذا هذا (ولنا أن الحوالة للنقل لغة ومنه حوالة الغراس) فوجب نقل الدين (والدين إذا انتقل عن النعمة لأبني فيها ، أما الكفالة فلضم) لغة لأنها من الكفل وهو الضم فوجب فيها اعتبار ضم النعمة إلى الذمة (لأن الأحكام) يعني العقود (الشرعية) المسماة بأسماء تعتبر فيها معاني تلك الأسماء وهو فائدة اختصاصها بأسمائها (قوله عقد توثق) والتوثق أن يطالب كلا

الحوالة للنقل لغة ، ومنه حوالة الغراس ، وإذا حصل نقل الدين عن النعمة لأبني فيها . أما الكفالة فلضم وهو يقتضي بناء ما يضم إليه ، والأصل موافقة الأحكام الشرعية للمعاني اللغوية . واعتراض بالحوالة بغير أمر الخيل فلإنها حوالة صحيحة كما مر ، ولا نقل فيها ولا تحويل وهو تقضى لإجماع . والجواب أنا لانسلم أن لا نقل فيها فلإنها بعد أداء الدين ظاهر التحقيق ولهذا لا يبق على الخيل شيء (قوله والتوثق باختيار الإملا) جواب لزفر ، وتقريه مسلمنا أن كل واحد منهما عقد توثق ، لكن براعة الخيل لاتنافيه لأن التوثق يتحقق معها باختيار الإملا :

(قال المصنف : إذ كل واحد منهما عقد توثق) أقول : وليس من الوثيقة براعة الأول ، بل الوثيقة في مطالبة الخلق مع بقائه الدين على حاله في ذمة الأول من غير تبيين كما في الكفالة فيها كما تقدم فيها .

وإنما يجبر على القبول إذا نقد المحيل لأنه يحتتمل عود المطالبة إليه بالتوى فلم يكن متبرعا . قال (ولا يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه) وقال الشافعي رحمه الله : لا يرجع وإن توى لأن البراءة

منهما قلنا بل التوثق لم يتحصر في ذلك بل يصلق باختيار الإملا والأيسر في القضاء فيكتفي به في تحقيق معنى التوثق في مسمى لفظ الحوالة غير متوقف على خصوص ما ذكر من التوثق ، وهذا الدليل ينتهض على زفر فإنه قال ببقاء الدين والمطالبة على الأصل . أما الطائفة من المشايخ القائلون بنقل المطالبة دون الدين فلا ، فإنه إذا قال الحوالة تنفي عن النقل فيعتبر فيها ذلك . قالوا : سلمنا ، واعتبار نقل المطالبة كاف في تحقيق معنى النقل غير متوقف على نقل الدين كما قلت : لزفر أن تحقيق التوثق يحصل باختيار الإملا الخ غير متوقف على كل كما يحصل به التوثق ، وقوله وإنما يجبر الخ جواب نقض من قبل زفر وهو مما سبق من أدلة القائلين من المشايخ بعدم نقل الدين وهو أن المحيل إذا نقد المحتال الدين المحتال به قبل نقد المحال عليه أجبر المحتال على القبول ، فلم لم يكن الدين باقيا على المحيل لم يجبر لأنه حينئذ متبرع بشيء من ماله فلا يجبر على قبوله . أجاب بأنه لا يلزم على تقدير النقل أن يكون متبرعا محضا ، وإنما يكون ذلك لو لم يكن عود الدين المحتال إليه بعينه ممكنا خوفا قد يتوقع ، فأما إن كان فلا لأنه على ذلك التقدير دافع عن نفسه المطالبة على تقدير تحقق سببها ، فهذا الجواب يدفع هذا الوارد من حيث هو نقض لزفر ودليل لتلك الطائفة ، وقد نقض من قبل زفر بوجود الحوالة ولا نقل أصلا بما إذا وقعت بغير إذن المحيل . وأجيب بأن معنى النقل يتحقق فيه بعد أداء المحتال عليه حتى لا يبقى إذ ذاك على المحيل شيء ، إلا أنه قد يقال أو صرح هذا لصح أن يقال الكفالة بغير أمر المكفول عنه فيما نقل الدين أيضا بهذا الوجه لأنه إذا أدى الكفيل لا يبقى على المكفول عنه شيء . والحق أن أصل الجواب ساقط فإن انتفاء الدين عن المحيل بأداء المحال عليه ليس هو نقل الدين بل انتفاءه من الوجود بالكلية ، وليس هذا نقله بل نقله نحوه من محال إلى محل ذمة المحال عليه . وعندى أن الجواب هو أن الحوالة بغير إذن المحيل ليست حوالة من كل وجه ، لأن حقيقة الحوالة إن كان فعل المحيل الإحالة أو الحاصل من فعله فهو متناف لانتهاء الفعل منه ، والنقل إنما هو في حقيقتها ولهذا أجاز المالكية هذا المعنى وأخرجوه من الحوالة وسماه حالة ، وحكمها شطر حكم الحوالة وهو الزوم على المتحمل دون الشطر الآخر وهو انتقال الدين عن المدينين فلم تكن حوالة وإلا استغثت تمام حكمها وهذا ما وعدناه (قوله ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه : وقال الشافعي رحمه الله : لا يرجع وإن توى)

أى الأكثر على الإيفاء لبسطة سعة ذات اليد ، والأحسن قضاء بأن يوفيه بالاجود بلا ماطلة وهو في الحقيقة تنزل في الجواب بالقول بالموجب . وقوله (وإنما يجبر على القبول) جواب نقض يرد على قوله والأحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية ، وتقريره لو صرح ذلك لانتقل الدين من المحيل وصار أجنبيا منه ، فلذا نقده كان الواجب أن لا يجبر المحتال على القبول : أى لا ينزل منزلة القابض إذا ارتفعت الموانع بين المحتال والمنقود لكون المحيل إذ ذاك متبرعا كالأجنبي ، وبأداء الأجنبي المتبرع لا يجبر الطالب على القبول ، وتقرير الجواب لتاسلم أن المحيل متبرع في النقد وإنما يكون متبرعا كالأجنبي إن لو لم يحتتمل عود المطالبة إليه بالتوى وهو يحتتمل فلا يكون متبرعا . قال (ولم يرجع المحتال على المحيل إلا أن يتوى حقه الخ) عطف على قوله برئ المحيل : أى إذا تمت الحوالة بالقبول برئ المحيل ولم يرجع المحتال على المحيل بشيء إلا أن يتوى حقه على ما يأتي من معنى التوى . وقال الشافعي رحمه

(قوله كان له على من دفعه المال عنه الخ) أقول : ليس في حديث عن كرم الله وجهه ما ينفي ما قلنا لعدم دلالة على موت المحال عليه مفسدا كما لا يخفى .

حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد . ولنا أنها مقيدة بسلامة حقه له إذ هو المقصود ، أو تنفسخ الحوالة لقواته لأنه قابل للنفسخ

موت أو إفلاس أو غيره ، وهو قول أحمد والليث وأبي عبيد . وعن أحمد إذا كان الحال عليه مفلسا ولم يعلم الطالب بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وهو قول مالك ، لأن الإفلاس عيب في الحال عليه فله أن يرجع بسببه كالمبيع ، ولأن الخميل غره فهو كما لو دلس المبيع يرجع به (لأن البراءة) الحاصلة بالانتقال (حصلت مطلقة فلا تعود إلا بسبب جديد) ولا سبب فلا عود ، ويؤيده ما روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله تعالى عنه دين فأحاله به على آخر فأتى المحتال عليه فقال ابن المسيب اخترت عليا فقال له أبعلك الله ففزع رجوعه ، ونحن نمنع كون البراءة مطلقة بل هي مقيدة معنى بشرط السلامة وإن كانت مطلقة ، وهذا القيد ثبت بدلالة الحال وهو أن المقصود من شرع الحوالة ليس مجرد الوجوب على الثاني لأن الذم باعتبار هذا القدر متساوية ، وإنما تنافوت في إحسان القضاء وعلمه ، فالمقصود التوصل إلى الاستيفاء من المحل الثاني على الوجه الأحسن ، وإلا لم ينتقل عن الأول فصارت السلامة من المحل الثاني كالمشروط في العقد الأول ، فإذا لم يحصل المشروط عاد حقه على الأصل

الله : لا يرجع وإن توى لأن براءة الخميل حصلت مطلقة : أي عن شرط الرجوع على الخميل عند التوى ، وهو ظاهر حيث لم يكن ثمة ما يبدل على التقييد ، وكل ما كان كذلك لا يعود إلا بسبب جديد كما في الإبراء ، وتأيد بما روى عن ابن المسيب أنه كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به على آخر فأتى المحتال عليه فقال ابن المسيب : اخترت عليا فقال أبعلك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يجوز له الرجوع : قلنا : البراءة حصلت مطلقة لفظا أو مطلقا ، والثاني ممنوع والأول مسلم ، لكن لا يفيدكم لجواز أن تكون مقيدة بدلالة الحال أو العرف أو العادة فنقول : إنها حصلت مقيدة بسلامة حقه له وإن كانت مطلقة لفظا بدلالة الحال ، لأن المقصود من شرع الحوالة التوصل إلى استيفاء الحق من المحل الثاني لا نفس الوجوب ، لأن الذم لا يختلف في الوجوب ، وإنما تختلف بالنسبة إلى الإيفاء فصارت سلامة الحق من المحل الثاني كالمشروط في العقد الأول لكونه هو المطلوب ، فإذا فات الشرط عاد الحق إلى المحل الأول فصار وصف السلامة في حق الحال به كوصف السلامة في المبيع بأن اشترى شيئا فهلك قبل القبض فإنه ينفسخ العقد ويعود حقه في الثمن ، وإن لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري ، وهذا يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعود الدين وهو عبارة بعض المشايخ ، وقوله أو تنفسخ الحوالة لقواته أي لقوات المقصود وهو السلامة لأنه قابل للنفسخ ، حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت ، وكل ما هو قابل له إذا فات المقصود منه ينفسخ ، كالمشتري إذا وجد المبيع معيبا واختار رده فإنه ينفسخ البيع ويعاد الثمن وإن لم يشترط ذلك في العقد لما مر إشارة إلى عبارة آخرين منهم ، وهو يشير إلى أن الحوالة تنفسخ ويعاد الدين على الخميل ، فالمصنف رحمه الله جمع بين طريق المشايخ رحمه الله ، واستخدم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فيها بمعنيين مختلفين ، ويؤيد ما ذهبنا إليه ما روى عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : إذا توى المال على الحال عليه عاد الدين على الخميل كما كان ، ولا توى على مال مسلم . ولم يعرف في ذلك مخالف فحل محل الإجماع . وعروض بأن الحال وقت الحوالة غير بين أن يقبل الحوالة فينتقل حقه إلى ذمة الحال عليه وبين أن يأبأها بإبقاء حقه في ذمة الخميل ، وكل غير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين عليه ولا يعود إلى الآخر كالمغصوب منه إذا اختار تضمين أحد الغاصبين ثم توى ما عليه لم يرجع على الآخر بشيء ، وكالمولى إذا أعتق عبده المدينون

فصار كوصف السلامة في المبيع . قال (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين :

فصار كما لو صالح على عين فهلكت قبل التسليم يعود الدين لأن البراءة ماثبتة مطلقة بل يعوض ، فإذا لم يسلم يعود . يؤيده ما روى عن عثمان رضي الله عنه مرفوعا وموقوفا في المحتال عليه إذا مات مفلسا قال : يعود الدين إلى ذمة المحيل ، وقال لا توى على مال امرئ مسلم . ولقظ الأسرار قال : إذا توى المال على المحتال عليه عاد الدين على المحيل كما كان ، ولا توى على مال مسلم . وذكر محمد في الأصل عن شريح بمثل ذلك ، وهذان الحديثان متعارضان ، فإن كانا صحيحين أو لم يثبتا فقد تكافأ . وهذا واختلفت عباراتهم في كيفية العود فقيل بفسخ الحوالة أي بفسخها المحتال ويعاد الدين كالمشتري إذا وجد بالمبيع عيبا . وقيل تنفسخ ويعود الدين كالمبيع إذا هلك قبل القبض ، وقيل في الموت عن إفلاس تنفسخ ويعود ، وفي البحود بفسخ ويعاد ، وفي طريقة الخلاف قالوا أو مات المحيل والمحال عليه مفلسين لا يرجع فكلنا ما نحن فيه . قلنا : لا نسلم بل له الرجوع إلا أنه سقطت المطالبة بالإعسار ولهذا كلما ظهر لأحدهما مال أخذه كما في الكفيل والمكفول عنه إذا ماتا مفلسين تبطل الكفالة . ثم لا يدل على أن المطالبة لا تثبت حالة حياة المكفول عنه . قالوا : مال الحوالة جعل كالمقبوض ، لأنه لو لم يكن كالمقبوض لأدّى إلى الافتراق عن دين بدين ، ولأنه يجوز الحوالة برأس مال السلم والصرف ، ولولا أنه كالمقبوض لم تجز الحوالة . وإذا مات المحيل مفلسا لا يكون المحتال أسوة للغرماء ، وإذا كان كالمقبوض لا يرجع . قلنا : ليس كالمقبوض وإلا لجاز للمحتال أن يشتري شيئا من غير المحتال عليه كما يجوز أن يشتري به من المحتال عليه . وقولهم أو لم يكن كالمقبوض صار ديننا بدين إنما يلزم لو كان القصد منه المعاوضة وليس كذلك كالتقاضي . وأما الصرف والسلم فحجة لنا لأنه لو كان كالمقبوض لجاز أن يتفرقا عن المجلس من غير قبض وليس كذلك فإنه إذا أحال بهما فلو افتراقا من غير قبض يفسد العقد ، ولو كانت الحوالة قبضا لكان هذا افتراقا بعد القبض فلا يفسد العقد ، وأما كون المحتال لا يصير أسوة للغرماء إذا مات المحيل ولا مال له سوى ما على المحتال عليه فمنع . قال في الجامع الكبير : ولو أن المحال أخر الحوالة سنة ثم مات المحيل وعليه دين آخر سوى دين المحال يقسم دينه على الحوالة بين المحال وبين الغرماء بالخصص لأن هذا مال المحيل ولم يصير بالحوالة ملكا للمحال لأن تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يتصور لكن تعلق به حق المحال وبهذا لا يصير المحال أخص به مالم تثبت اليد بدليل أن العبد المأفون إذا كان عليه دين يتعلق حتى صاحب الدين برقبته وكسبه لو وجب بعد ذلك دين آخر كان رقبته ثم وكسبه بين الكل بالخصص انتهى . وإذا عرف أنه يرجع بالتوى بين التوى بقوله (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله بكل من أمرين :

فاختار الغرماء استسعاء العبد ثم توى عليهم ذلك لم يرجعوا على المولى بشيء . والجواب أن قوله إذا اختار أحدهما تعين عليه إما أن يريد به شيئين : أحدهما أصل ، والآخر خلف عنه ، أو كل واحد منهما أصل ، فإن كان الثاني فليس بما نحن فيه فقياسه عليه فاسد ، وإن كان الأول فلا نسلم أنه إذا اختار أحدهما تعين ، بل إذا اختار الخلف ولم يحصل المقصود كان له الرجوع إلى الأصل لأن اختيار الخلف وترك الأصل لم يكن للتوقي ، وإضافة إتياء الحق إلى وصف يقتضي ثبوته فاسدة في الوضع . قال (والتوى عند أبي حنيفة رحمه الله أحد الأمرين الخ)

(قال المصنف : فصار كوصف السلامة في المبيع) أقول : بأن اشترى شيئا فهلك قبل القبض فإنه يفسخ العقد ويعود حقه في الثمن وإن لم يشترط ذلك لفظا لما أن وصف السلامة مستحق للمشتري ، وهذا التقرير ناظر إلى الكلام الأول ، فالمصنف جمع بين طريق الشايخ واستنم قوله فصار كوصف السلامة في المبيع فهما معنيين مختلفين .

إما أن يمحذ الحوالة ويحلف ولا يثبت له عليه ، أو يموت مفلسا) لأن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى في الحقيقة (وقال هذان الوجهان . ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه حال حياته) وهذا بناء على أن الإفلاس لا يتحقق بمحكم القاضي عنده خلافا لهما ، لأن مال الله غادر رائج . قال (وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل أحلت يدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين) لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعى عليه ديناً وهو ينكر والقول للمنكر ، ولا تكون الحوالة إقراراً منه بالدين عليه لأنها قد تكون بدونه :

إما أن يمحذ الحوالة ويحلف ولا يثبت له عليه) للمحتال ولا للمحيل ، فقوله (له) يعنى كلا من المحيل والمحتال (أو يموت مفلسا) لا مال له معنا ولا ديناً ولا كفيل عنه بدين المحتال ، وعندهما بهذين . ووجه آخر وهو أن يحكم حاكم بإفلاسه ، وهذا بناء على أن نفليس القاضي يصح عندهما ، وعنده لا يصح لأنه يتوهم إرتاعه بحدوث مال له فلا يعود بتفليس القاضي على المحيل . والتوى الثالث ، يقال منه توى بوزن علم يتوى وهو تو وتاو . ولو قال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه في الشافى والمبسوط : القول للطالب مع اليين على العام لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة ، ولو كان حيا فزعم أنه مفلس فالقول له فكل ذلك بعد موته . وفي شرح الناصبي : القول للمحيل مع اليين لإتكاره عود الدين (قوله وإذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل مال الحوالة فقال المحيل) إنما (أحلت يدين لي عليك لم يقبل قوله وعليه مثل الدين لأن سبب الرجوع قد تحقق في حقه وهو قضاؤه دينه بأمره ، ولأن المحيل يدعى ديناً عليه وهو ينكر والقول للمنكر) ولا يقال : قبول الحوالة من المحتال عليه إقرار بالدين عليه . لأننا نقول : ليس من ضرورة قبول الحوالة ذلك ، بل قد تكون بما عليه وهي المقيدة وقد تكون مطابقة والمطابقة هي حقيقة الحوالة أما المقيدة فوكالة بالأدمن وجهه القبض (وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به وقال إني أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال بل أحلتني بدين عليك ، فالقول للمحيل لأن المحتال يدعى عليه) أى على المحيل (ديناً وهو ينكر)

توى المال إذا تلف . وهو عند أى حنيفة يتحقق بأحد الأمرين : إما أن يمحذ المحال عليه الحوالة فيحلف ولا يثبت للمحال ولا للمحيل على المحال عليه لأنه حينئذ لا يقدر على مطالبته ، وإما أن يموت مفلسا لأن العجز عن الوصول إلى الحق وهو التوى في الحقيقة يتحقق بكل واحد منهما . أما في الأول فلما ذكرنا . وأما في الثاني فلأنه لم يبق ذمة يتعاقبها الحق فسقط عن المحال عليه وثبت للمحتال الرجوع على المحيل لأن براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة إسقاط ، فلما تعلق الاستيفاء وجب الرجوع ، وقال : هذان وجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم بإفلاسه بالشهود حال حياته ، وهذا الاختلاف بناء على أن الإفلاس بتفليس الحاكم عنده لا يتحقق خلافا لهما ، قال : التوى هو العجز عن الوصول إلى الحق وقد حصل هاهنا لأنه عجز عن استيفاء حقه فصار كوت المحال عليه ، وقال : عجز عن ذلك عجزاً يتوهم إرتاعه بحدوث المال لأن مال الله غادر رائج ، وقد تقدم معناه في الكفاة فلم يكن كالموت . ولو مات المحال عليه فقال المحتال مات مفلسا وقال المحيل بخلافه ذكر في المبسوط . وعن الشافى أن القول قول الطالب مع يمينه على علم لأنه متمسك بالأصل وهو العسرة ، يقال أفلس الرجل إذا صار ذا فلس بعد أن كان ذا درهم ودينار فاستعمل مكان افتقر ، وفلسه القاضي : أى قضى بإفلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة . قال (وإذا طالب المحتال عليه المحيل الخ) إذا طالب المحتال عليه بمثل مال الحوالة مدعيها قضاء دينهم ماله فقال

قال (وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال لا بل أحلتني بدين كان لي عليك فالقول قول المحيل) لأن المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر ونظرة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه . قال (ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء ، فإن هلكت برئ) لتقيدها بها ، فإنه ما التزم الأداء إلا منها ، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغضوب

فالقول له لأن فراغ النعمة هو الأصل ، وبه قال الشافعي في وجهه ، وفي وجه آخر القول للطالب لأن الحوالة بالدين ظاهرا ، فإذ قاله المحيل توكيل فهو خلاف الظاهر وهو قول أحمد . وقول المصنف (ونظرة الحوالة مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه) جواب عنه وهو بناء على تساويهما في الاستعمال ، ومنع كونها بالدين أظهر فالحوالة متواطئة فيهما وإلا فادعائه مجازا متعارفا يخص قوله ما فإن الحقيقة عند أي حنيفة مقمنة على المجاز المتعارف ، وقد تكافئ خمس الأئمة حين استبعد التواطؤ وتقديم المجاز المتعارف فحملها على ما إذا استوفى المحتال الألف المحال بها وقد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذه الألف فيقول المحتال كان المتاع ملكي وكنت وكيلًا في بيعه عني والمقبوض مالي ويقول المحيل كان المتاع ملكي وإنما بعته لنفسى فالقول للمحيل ، لأن أصل المنازعة وقع بينهما في ملك ذلك المتاع والبدل كان للمحيل فالظاهر أنه له انتهى . وظاهره تخصيص المسئلة بنحو هذه الصورة ، وليس كذلك بل جواب المسئلة مطلق في سائر الأمهات . والحق أنه لا حاجة إلى ذلك بعد تجويز كون لفظ أحلتك بألف يراد به ألف للمحيل لأن ثبوت الدين على الإنسان لا يمكن بمثل هذه الدلالة بل لابد من القطع بها من جهة اللفظ أو دلالاته مثل له على أو في ذمتي لأن فراغ النعمة كان ثابتا يبين فلا يلزم فيه ضرر شغل ذمته إلا بمثله من اللفظ ، ومنه نحو قوله اتزنها في جواب لي عليك ألف للتيقن بعود الضمير في اتزنها على الألف المدعاة ، بخلاف مجرد قوله أحلتك (قوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء) لتيسر ما يقضى به وحضوره ، بخلاف الدين عليه (فإن هلكت برئ) المحال عليه وهو المودع (لتقيدها بها) أي لتقيده الحوالة بالوديعة التي هلكت (فإنه) أي الرجل (ما التزم الأداء إلا منها ، بخلاف ما إذا كانت الحوالة مقيدة) بعين (مغضوب) عرض أو ألف درهم مثلا ، فإنه إذا هلك المغضوب المحال به لا تبطل

المحيل أحلت بدين لي عليك لم يقبل قوله ويجب عليه مثل الدين لأن سبب الرجوع وهو قضاء دينه بأمره قد تحقق بإقراره إلا أنه يدعى عليه دينًا وهو ينكر ، والقول قول المنكر والبيئة للمحيل ، فإن أقامها بطل حتى المحتال عليه الرجوع . فإن قيل : لم لا يجوز أن تكون الحوالة إقرارا منه بالدين عليه ؟ أجاب بقوله لأنها قد تكون بلونه : أي الحوالة قد تكون بدون الدين المحال عليه فيجوز انعكاسها عنه وحينئذ يكون التقيد بالدين تقييدا بلا دليل (وإذا طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال إنما أحلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل أحلتني بدين لي عليك فالقول قول المحيل) فإن قيل : الحوالة حقيقة في نقل الدين ودعوى المحيل أنه أحاله لتقبضه له بخلاف الحقيقة بلا دليل أجاب بقوله ولفظ الحوالة ومعناه أن دعواه تلك دعوى ما هو من محتلات لفظه وهو الوكالة فإن لفظ الحوالة يستعمل فيها مجازا لما في الوكالة من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل ، فيجوز أن يكون مراده من لفظ ذلك فيصدق لكنه مع يمينه لأن في ذلك نوع مخالفة للظاهر . قال (ومن أودع رجلا ألف درهم الخ) اعلم أن الحوالة

(قوله فإن لفظ الحوالة الخ) أقول : كما سيجيء في كتاب المضاربة أصل معنى وكل فراجعه . قال العلامة الكاكي : قيل المجاز لا يعارض الحقيقة ، فاحتمال المجاز لا يخرج عن إرادة الحقيقة . أجيب هذا بجواز متعارف فيمكن أن يخرج عن إرادة الحقيقة ، ولزم أن يخرج عن محضه فلا يدل على الإقرار انتهى وفيه تأمل (قوله لما في الوكالة من نقل التصرف الخ) أقول : فيه شيء .

لأن القوات إلى خلف كلافوات ، وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا ، وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه

الحوالة ولا يبرأ المحال عليه لأن الواجب على الغاصب ردّ العين ، فإن عجز ردّ المثل أو القيمة ، فإذا هلك في يد الغاصب المحال عليه لا يبرأ (لأن) له خلفا و (القوات إلى خلف كلا قوات) فبقيت متعلقة بخافه فيرد خافه على المحتال (وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا) بأن يحيله بدينه الذي له على فلان المحال عليه فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام : مقيدة بعين أمانة ، وبعين مضمونة ، وبعين خاص (وحكم المقيدة في هذه الجملة) أعنى الأقسام الثلاثة (أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه) بذلك العين ولا بذلك الدين

على نوعين : مقيدة ، ومطلقة . فالمقيدة على نوعين : أحدهما أن يقيد المحيل الحوالة بالعين الذي له في يد المحال عليه بالوديعة أو الغصب . والثاني أن يقيدها بالدين الذي له على المحال عليه . والمطلقة وهي أن يرسلها لإرسالا لا يقيد بها دين له على المحال عليه ولا بعين له في يده وإن كان له ذلك عليه أو في يده أو أن يحيل على رجل ليس له عليه دين ولا له في يده عين أيضا على نوعين حالة ومؤجلة . فالحالة هي أن يحيل المدينون الطالب على رجل بألف حالة فلنما تكون على المحال عليه كذلك لأنها لتحويل الدين من الأصيل فيتحول على الصفة التي على الأصيل والترض أنها كانت على الأصيل حالة فكذلك على المحال عليه ، وليس للمحال عليه أن يرجع على الأصيل قبل الأداء لكنه يفعل به ما فعل به كما تقدم في الكفالة . والمؤجلة هو أن يكون الدين على الأصيل مؤجلا فيحيل مؤجلا على المحال عليه بذلك الأجل فإن المال يكون على المحال عليه إلى ذلك الأجل ، لأنه قبلها كذلك . إذا عرف هذا ، فقوله ومن أودع رجلا ألف درهم وأحال بها عليه آخر فهو جائز لبيان جواز الحوالة المقيدة بالعين التي في يد المحال عليه ودية ، وقوله لأنه أقدر على القضاء دليل جوازه ، وذلك لوجهين : أحدهما أن الأداء منها يتحقق من عين حتى المحيل وحينئذ لا يصعب عليه الأداء فكان أقدر . والثاني أن الوديعة حاصلة بعينها لا يحتاج إلى كسب والدين قد يحتاج إليه ، وإذا كان أقدر على القضاء كان أولى بالجواز فكانت جائزة بالدين ، فلأن تكون جائزة بالعين أجبر ، فإن هلك الوديعة برئ المودع وهو المحال عليه ، وليس للمحال شيء عليه لتقيدها بها : أي لتقيد الحوالة بالوديعة لأنه ما ألزم الأداء إلا منها فيتعلق بها ويطلق بهلاكها كالزكاة المتعلقة بنصاب معين . وقوله بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب بأن كان الألف مغصوبا عند المحال عليه ، وقيد الحوالة بها ببيان لجوازاها بالعين المغصوبة ، وأنها إذا هلكت لا يبرأ الغاصب لأن المغصوب إذا هلك وجب على الغاصب مثله إن كان مثليا وقيمه إن كان قيميا فكان القوات بهلاكه قواتا إلى خلف ، وذلك كلا قوات فكان باقيا حكما . وقوله وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين أيضا ببيان لجوازاها مقيدة بالدين كما إذا كان لرجل على آخر ألف درهم وللمدينون على آخر كذلك وأحال المدينون الطالب بدينه على مديونه بألف على أن يؤديه من الألف التي للمطلوب عليه فلنما جائزة ، وحكم الحوالة المقيدة في هذه الجملة وهي الحوالة المقيدة بالعين ودية كانت أو غصبا وبالدين أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بذلك العين أو الدين الذي قيدت الحوالة به بعدها لأنه تعلق به حق المحتال فإنه إنما رضى بنقل حقه إلى المحال عليه بشرط أن يوفى حقه مما للمحيل عليه أو يبيده فتعلق به حق استيفائه ، وأخذ المحيل ذلك

(قوله والمطلقة ، إلى قوله : على نوعين حالة ومؤجلة) أقول : قوله والمطلقة مبتدأ ، وقوله على نوعين خبره (قوله وقوله بخلاف الخ) أقول : قوله وقوله مبتدأ ، وقوله ببيان لجوازاها خبره .

لأنه تعلق به حتى المحتال على مثال الرهن وإن كان أسوة للغرماء بعد موت المحيل، وهذا لأنه لو بقي له مطالبة فيأخذها منه لبطلت الجورلة وهي حتى المحتال :

(لأن الحوالة) لما قيدت بها (تعلق حتى الطالب به) وهو استيفاء دينه منه (على مثال الرهن) وأخذ المحيل يبطل هذا الحق فلا يجوز؛ فلو دفع المحال عليه العين أو الدين إلى المحيل ضمنه للطالب فإنه استهلك ما تعلق به حتى المحتال كما إذا استهلك الرهن أحد يضمته للمرتهن لأنه يستحقه. ولما كان تشبيه المصنف بالرهن يتبادر أنه لو هلك المحيل وعليه دين آخر غير دين المحتال ينبغي أن يختص المحتال بذلك الدين الذي أحيل به أو العين وليس كذلك بينه المصنف فقال (وإن كان أى المحتال (أسوة الغرماء) فيه (بعد موت المحيل، وهذا لأنه لو بقي للمحيل (حتى المطالبة) بما أحال به من الأمر المعين (فيأخذها منه بطلت الحوالة و) الواقع (أنها حتى المحتال) فليس له أن يبطل حقه، وترك الفرق بين الرهن والمحال به ديناً أو عيناً، والفرق ما قلناه أنه وإن كان حتى المحتال متعلقاً بالدين المخصوصة أو الدين كما يتعلق حتى الدائن بالرهن المعين لكن ليس له يد ولا ملك والمرتهن له يد ثابتة مع الاستحقاق فكان له زيادة اختصاص، وإذا كان المحتال أسوة الغرماء فلو قسم ذلك الدين أو العين بين غرماء المحيل وأخذ المحتال حصته لا يكون له أن يرجع على المحال عليه ببقية دينه، وهو ظاهر لتعبد الحوالة بذلك المقسم. وهذا من أحكام الحوالة المقيدة بالدين أو العين أنه لو أبرأ المحتال المحتال عليه صبح الإبراء وكان للمحيل أن يرجع على المحال عليه بدينه، ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثه المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه. والفرق أن الهبة من أسباب الملك، وكذا الإرث، فلكل المحتال عليه ما في ذمته بالهبة فهو كما لو ملكه بالأداء، ولو أدى لا يرجع المحيل عليه، فكذلك إذا ملكه بالهبة، بخلاف الإبراء فإنه في الأصل موضوع الإسقاط فلا يملك به المحتال عليه ما في ذمته وإنما خرج به عن ضمانه للمحتال دينه وهو الشاغل لدين المحيل فيقضى دين المحيل على المحتال عليه بلا شاغل فيرجع به عليه

يبطل هذا الحق فلا يتمكن من أخذه. ولو دفعها المودع أو غيرها إلى المحيل ضمن لأنه استهلك محلاً مشغولاً بحق الغير على مثال الرهن، فإن الراهن بعد ما رهن العين لم يبق له حق الأخذ من يد المرتن ثلاثاً يبطل حتى المرتن. وقوله وإن كان أسوة للغرماء إشارة إلى حكم آخر يخالف حكم الحوالة حكم الرهن بعد ما اتفقا في عدم بقاء حكم الأخذ للمحيل والراهن، وهو أن الحوالة إذا كانت مقيدة بالعين أو الدين وعلى المحيل ديون كثيرة ومات ولم يترك شيئاً سوى العين الذي له بيد المحال عليه أو الدين الذي عليه فالأصل أسوة الغرماء بعد موته خلافاً لفر رحه الله، وهو القياس لأن دين غرماء المحيل تعلق بمال المحيل وهو صار أجنياً من هذا المال ولهذا لا يكون له أن يأخذه في حال حياته فكذلك بعد وفاته، ولأن المحال كان أسبق تعلقاً بهذا المال لتعلقه في صحته وحتى الغرماء لم يتعلق في صحته فيقدم المحال على غيره كالمرتن. قلنا: العين الذي بيد المحال عليه للمحيل والدين الذي له عليه لم يصير مملوكاً للمحال بقصد الحوالة لا بداً وهو ظاهر، ولا رقية لأن الحوالة ما وضعت للتملك وإنما وضعت للتقل فتكون بين الغرماء، وأما المرتن فإنه ملك المرهون بداً وحسباً فثبت له نوع اختصاص بالمرهون شرعاً لم يثبت لغيره فلا يكون لغيره أن يشاركه فيه (قوله وهذا) إشارة إلى قوله أن لا يملك المحيل، وتقريره ما ذكرناه آنفاً، وقوله بخلاف المطلقة لبيان الحوالة المطلقة وأنها لا تبطل بأخذ المحيل ماله عند المحال عليه من العين أو عليه من الدين لأن الضمير للشأن لا لتعلق الحق بالمحال به: أى بما عند المحال عليه أو عليه، بل يتعلق حقه بلمعة المحال عليه وفي اللزمة سعة فأخذ ماله عنده أو عليه لا يبطل الحوالة، وعلى هذا ليس للمودع والغاصب أن يؤتى دين المحال من الوديعة والغصب، وللمحيل

بمخلاف المطلقة لأنه لا يتعلق لحقه به بل ببعته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عنده . قال (ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق) وهذا نوع تقع استيفيد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جزء قعاً .

(وقوله بمخلاف المطلقة) يتصل بقوله لا يملك الخيل مطالبة المحتال عليه بالعين المحال به والدين . والحاصل أن الحوالة قسيان ، مقيدة كما ذكرنا ، ومطلقة . وهي أن يقول الخيل للطالب أحلتك بالآلاف التي لك على هذا الرجل ولم يقل ليودعها من المال الذي لي عليه ، فإذا أحال كذلك وله عند ذلك الرجل ودية أو مخصوبة أو دين كان له أن يطالب به (لأنه) أي الشأن (لا يتعلق لحق المحتال به) أي بذلك العين أو الدين لوقوعها مطابقة عنه (بل ببعته المحتال عليه) وفي النمة سعة (فيأخذ دينه أو عينه من المحتال عليه لا تبطل الحوالة) وما عليه يرجع إلى الدين أو الغصب أو عنده يرجع إلى الدويدة . ومن المطلقة أن يحيل على رجل ليس له عنده ولا عليه شيء . وتنقسم المطابقة إلى حالة وموجلة . فالخالة أن يحيل الطالب بألف وهي على الخيل حالة فتكون على المحتال عليه حالة لأن الحوالة لتحويل الدين فيتحول بالصفة التي هي على الأصيل وليس للمحتال عليه أن يرجع على الأصيل قبل أن يؤدي ، ولكن له إذا لوزم أن يلازمه ، وإذا حيس أن يحبس . والمطلقة الموجلة له على رجل ألف إلى ستة فأحال الطالب عليه إلى ستة كانت عليه إلى ستة ، ولو حصلت الحوالة مبهم لم يذكره محمد ، وقالوا : ينبغي أن تثبت موجلة كما في الكفالة لأنه يحمل ما على الأصيل بأي صفة كان ، فلو مات الخيل لم يحل المال على المحتال عليه ، لأن حلول الأجل في حق الأصيل لاستغنائه عن الأجل بموته ، ولا يتأتى ذلك في حق المحال عليه لأنه حتى يحتاج إلى الأجل ، ولو حل عليه إنما يحل بناء على حلوله على الأصيل فلا وجه له لأن الأصيل برئ من الدين في أحكام الدنيا والتحق بالأجانب ، ولو مات المحال عليه قبل الأجل والخيل حتى حل المال على المحتال عليه لاستغنائه عن الأجل بموته ، فإن لم يترك وفاء رجع الطالب على الخيل إلى أجله لأن الأجل سقط حكماً للحوالة وقد انتقضت الحوالة بموت المحتال عليه مفلساً فينتقض ما في ضمنها وهو سقوط الأجل ، كما لو باع المدينون بدين موجب عبداً من الطالب ثم استحق العبد عاد الأجل لأن سقوط الأجل كان بحكم البيع وقد انتقض كذا هنا (قوله ويكره السفاتج) جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء وهو تعريب سفته وهو الشيء المحكم ، سمى هذا القرض به لإحكام أمره . وصورته أن يدفع في بلدة إلى مسافر قرضاً ليدفعه إلى صديقه أو وكيله مثلاً في بلدة أخرى ليستفيد به أمر خطر الطريق لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جرّ قعاً ، رواه الحرث بن أبي أسامة في مسنده عن حصص بن حزة ، أنها سوار بن مصعب عن عمارة الحمداني قال : سمعت علياً رضي الله عنه يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل قرض جرّ قعاً

أن يأخذ هما مع بقاء الحوالة كما كانت . قال (وتكره السفاتج الخ) السفاتج جمع سفتجة بضم السين وفتح التاء فارسي معرب ، أصله سفته يقال للشيء المحكم ، وسمى هذا القرض به لإحكام أمره . وصورتها أن يدفع إلى تاجر مالا قرضاً ليدفعه إلى صديقه ، وقيل هو أن يقرض إنساناً مالا ليقضيه المستقرض في بلد يريد المقرض ولما يدفعه على سبيل القرض لا على سبيل الأمانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق ، وهو نوع تقع استيفيد بالقرض ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض جرّ قعاً . وقيل : هذا إذا كانت المنفعة مشروطة ، وأما إذا لم تكن فلا بأس بذلك . ثم قيل : إنما أورد هذه المسئلة في هذا الموضع لأنها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة فإنها معاملة أيضاً في الديون ، والله أعلم .

(قوله ثم قيل) أقول : فقال صاحب النهاية .

(كتاب أدب القاضى)

فهو ربا ، وهو مضجع بسوار بن مصعب ، قال عبد الحق : متروك ، وكذا قال غيره . ورواه أبو الجهم فى جزئه المعروف عن سوار أيضا . وأخرج ابن عدى فى الكامل عن جابر بن سمرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « السفتجات حرام » وأعله بمعمرو بن موسى بن وجيه ضبعه البخارى والنسائى وابن معين ، وذكره ابن الجوزى فى الموضوعات . وأحسن ما هنا ما عن الصحابة والسلف ما رواه ابن أبى شبة فى مصنفه : حدثنا خالد الأجر عن حجاج عن عطاء قال : كانوا يكرهون كل قرض سحر متفعة . وفى الفتاوى الصغرى وغيرها : إن كان السفتج مشروطا فى القرض فهو حرام ، والقرض بهذا الشرط فاسد ، ولو لم يكن مشروطا جاز : وصورة الشرط ما فى الواقعات . رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له به إلى بلد كذا فإنه لا يجوز ، وإن أقرضه بغير شرط وكتب جاز ، وكذا لو قال اكتب لى سفتجة إلى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه . وفى كفاية البيهقى : سفاتج التجار مكروهة ، ثم قال : إلا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا بأس به ، كذا روى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما ، ألا ترى أنه لو قضاه بأحسن مما له عليه لا يكره إذا لم يكن مشروطا قالوا : إنما جعل ذلك عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرف ظاهر ، فإن كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا . والذى يحكى عن أبى حنيفة أنه لم يقعد فى ظل جدار غيره فلا أصل له لأن ذلك لا يكون انتفاعا بملكه ، كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا ، وإنما أورد القدرى هذه المسئلة هنا لأنها معاملة فى الديون كالكفالة والحوالة ، والله أعلم .

(كتاب أدب القاضى)

لما كان أكثر المنازعات فى الديون والبياعات والمنازعات محتاجة إلى قطعها أعقبها بما هو القاطع لها وهو القضاء . والأدب للحصول الحميدة والقاضى محتاج إليها فأفادها ، وهوان ذكر ما ينبغى للقاضى أن يفعله ويكون عليه ، ومميت الحصول الحميدة أدبا لأنها تدعو إلى الخير ، والأدب فى الأصل من الأدب بسكون الدال هو الجمع

(كتاب أدب القاضى)

لما كان أكثر المنازعات يقع فى البياعات والديون عقبها بما يقطعها وهو قضاء القاضى ، والقاضى محتاج إلى خصال حميدة يصلح بها للقضاء ، وهذا الكتاب لبيان ذلك . والأدب اسم يقع على كل رياضة محمودة لذلك يخرج بها الإنسان فى فضيلة من الفضائل قاله أبو زيد . ويجوز أن يعرف بأنه ملكة تعصم من قامت به عما يشينه

(كتاب أدب القاضى)

قال فى لطائف الإشارات فى كتاب الرجوع من شهادة الكافى : القاضى يتأخير الحكم آثم وعزل وعز و انتهى . قال الإمام السرخسى فى مبسوطه : وإن طمع القاضى أن يمتلح الخصان فلا بأس بأن يردّها ويؤخر تنفيذ الحكم بينهما لعلها أن يمتلحا لحديث عمر رضى الله تعالى عنه قال : ردوا الخصوم حتى يمتلحوا ، فإن فصل القضاء يورث بين القوم الخصائى . وفى رواية : ردوا الخصوم من ذوى الأرحام ولا يبنهى له أن يردم أكثر من مرة أو مرتين إن طمع فى الصلح ، لأن فى الزيادة على ذلك إضرارا لصاحب الحق ، وإن لم يطلع فى الصلح أنفذ القضاء بينهم من قبل أن يردم فهو فى سعة من ذلك وليس بواجب عليه ردّهم ، وإنما الواجب عليه مقلد من العمل وهو القضاء بالحجة وقد أتى بذلك قوله لما كان أكثر المنازعات الخ) أقول : ما ذكره يقتضى إرادته عقوب كتاب الدعوى . وأيضا كان ينبغى أن يبين وجيه

قال (ولا تصح ولاية القاضي حتى يجمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) أما الأول فلأن حكم القضاء يستق من حكم الشهادة

والدعاء ، وهو أن تجمع الناس وتدعهم إلى طعامك ، يقال منه أدب زيد يادب أدبا بوزن ضرب يضرب ضربا إذا دعاك إلى طعامه فهو أدب ، والمأدبة الطعام المصنوع المدعو إليه ، ومنه قول طرفة بن العبد يلدح قومه بني بكر بن وائل :

ورثوا السؤدد عن آبائهم ثم سافوا سؤددا غير زمر
نحن في المشتاة ندعو الجفلى لاترى الأدب فينا ينتفر

ومنه ما ذكر أبو عبيد في قول ابن مسعود : إن هذا القرآن مأدبة الله ، فن دخل فيه فهو آمن . وروى عنه أيضا مأدبة الله فقتلوا من مأدبته ، بفتح الدال : أدى تأديه ، وكان الأحمر يجعلهما اغتني . قال أبو عبيد : لم أسمع أحدا يقول هذا غيره ، وأما القضاء فقال ابن قتيبة : يستعمل لمعان كلها ترجع إلى الختم والفراغ من الأمر : يعنى يكمله . وفي الشرع يراد به الإلزام ، ويقال له الحكم لما فيه من منع الظلم عن الظلم من الحكمة التي تجعل في رأس القرس . وأما وصف القضاء فمرض كناية ، فلو امتنع الكل أنمو هذا إذا كان السلطان لا يفصل بنفسه ، فإن فعل لم يأثموا كما في البرازية ، وللسلطان أن يكره من يعلم قدرته عليه لأنه لا بد من إصصال الحقوق إلى أربابها بإلزام المائنين منها ، ولا يكون ذلك إلا بالقضاء ، وقد أمر الله تعالى به نبيه صلى الله عليه وسلم فقال تعالى - وأن احكم بينهم بما أنزل الله - وقبله صلى الله عليه وسلم داود بقوله تعالى - فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى - وبعث صلى الله عليه وسلم عليا قاضيا على اليمن ومعازا وقال له : بم تقضى ؟ فقال : بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد ، قال : بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : فإن لم تجد ، قال : أجهد برأى فأقره . وعليه إجماع المسلمين (قوله لا تصح ولاية القاضي حتى يجمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من أهل الاجتهاد) هذا لفظ القنورى . وذكر المولى على لفظ المفعول للإشعار بأنه أتى عليه الفعل من غير طلب له منه كما هو الأولى (أما الأول) وهو أنه لا بد أن يكون من أهل الشهادة (فلأن حكم القضاء يستق من حكم الشهادة) يعنى كل من القضاء والشهادة

ولا شك أن القضاء بالحق من أقوى الفرائض وأشرف العبادات بعد الإيمان بالله تعالى أمر الله به كل مرسل حتى خاتم الرسل محمدا صلوات الله عليهم أجمعين ، قال الله تعالى - إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون - وقال - وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم - قال (ولا تصح ولاية القاضي الخ) لا تصح ولاية القاضي حتى يجمع في المولى بلفظ اسم المفعول ، واختاره على المتولى بلفظ اسم الفاعل لإشارة إلى أن القاضي ينبغي أن يكون قاضيا بتولية غيره لا بطلبه التولية شرائط الشهادة من الإسلام والحرية والعقل والبلوغ ، ويكون : أى المولى من أهل الاجتهاد . أما الأول : يعنى اشتراط شرائط الشهادة فلأن حكم القضاء يستق : أى يستفاد من حكم الشهادة

التأخير من الكتاب الذى قبله على ما هو دأبهم (قوله قال الله تعالى - إنا أنزلنا التوراة - الخ) أقول : ليس في الآية دلالة على أمر الله تعالى كل مرسل به (قال المصنف : حتى يجمع في المولى) أقول : قال في الكفاية : المولى على صيغة اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية الغير إياه بدون طلب وهو الأول للقاضى على ما يحسنه إن شاء الله تعالى انتهى - وفي وجه الدلالة نوع خفاء فإنه يطلق على المولى وإن طلبه (قوله لا بطلبه التولية) أقول : كما يدل عليه صيغة الفعل فإنها تتكلف الذى يستلزم الغلب (قوله شرائط الشهادة) أقول : أى شرائط أداء الشهادة على المسلمين ، وقوله شرائط فاعل لقوله يجمع الذى تقدم في قوله حتى يجمع في المولى .

لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان أهلا للشهادة يكون أهلا للقضاء وما يشترط لأهلية الشهادة يشترط لأهلية القضاء ، والقاسق أهل القضاء حتى لو قلد يصح ، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ،

يستمد من أمر واحد هو شروط الشهادة من الإسلام والبلوغ والعقل والحرية وكونه غير أعمى ولا محدودا في قذف ، والكمال فيه أن يكون عدلا عفيفا عالما بالسنة وبطريق من كان قبله من القضاة .

[فرع] قلد عبد فعنت جاز أن يقضى بتلك الولاية من غير حاجة إلى تجديد ، كما لو تحمل الشهادة حال الرق ثم عنت ، كذا في الخلاصة في أول كتاب القضاء . وذكر بعد ورقة : لو قلد قضاء مصر لصبي فأدرك ليس له أن يقضى بذلك الأمر ، ولو قلد كافر القضاء فأسلم قال محمد : هو على قضائه ، ولا يحتاج إلى تولية ثانية فصار الكافر كالعبد . والفرق أن كلا منهما له ولاية وبه مانع ، وبالعق والإسلام يرتفع ، أما الصبي فلا ولاية له أصلا . وما في الفصول : لو قال اصبي أو كافرا إذا أدركت فصل بالناس أو اقضى بينهم جاز لا يحتاج ماذكر في الصبي ، لأن هذا تعليق الولاية والملق معلوم قبل الشرط ، وما تقدم تنجز ، وإذا لم تصح ولاية الصبي قاضيا لا يصح سلطانا ، فما في زماننا من تولية ابن صغير للسلطان إذا مات فقد سئل في فتاوى النسفي وصرح بعلم ولايته وقال : ينبغي أن يكون الاتفاق على وال عظيم يصير سلطانا ، وتقليد القضاء منه غير أنه يعد نفسه تما لابن السلطان تعظيما وهو السلطان في الحقيقة انتهى . ومقتضى هذا أنه يحتاج إلى تجديد بعد بلوغه ، وهذا لا يكون إلا إن عزل ذلك الولي العظم نفسه من السلطة ، وذلك أن السلطان لا ينزل إلا بعزله نفسه وهذا غير واقع . واما المذكورة فليست بشرط إلا القضاء في الحدود والدماء فتقضى المرأة في كل شيء إلا فيما . وقد اختلف في قضاء القاسق ، فأكثر الأئمة على أنه لا تصح ولايته كالحاشي وغيره كما لا يقبل شهادة . وعن علمائنا الثلاثة في التوارد مثله ، لكن الغزالي قال : لاجتماع هذه الشروط من العتلة والاجتهاد وغيرهما متمتع في عصرنا لحلو العصر عن المجتهد والعدل ، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه السلطان ذو شوكة وإن كان جاهلا فاسقا ، وهو ظاهر المذهب عندنا ، فلو قلد الجاهل القاسق صح ويمحق بفتوى غيره ولكن لا ينبغي أن يقلد . والحاصل أنه إن كان في الرعية عدل عال لا يحمل تولية من ليس كذلك ، ولو ولي صح على مثال شهادة القاسق لا يحمل قبولها ، وإن قبل نفذ الحكم بها ، وفي غير موضع ذكر الأولوية : يعني الأولى أن لا تقبل شهادته ، وإن قبل جاز ، ومقتضى الدليل أن

لأن كل واحد من القضاء والشهادة من باب الولاية وهي تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى ، وكل ما يستفاد حكمه من الولاية من حكم الشهادة فيشترط له شرائط الشهادة لأن ولاية القضاء لما كانت أعم أو أكل من ولاية الشهادة أو مرتبة عليها كانت أولى باشتراطها ، وربما لوح المصنف بقوله فيسقط استعارته للاستفادة إلى ذلك ، وعلى

(قوله لأن كل واحد الخ) أقول : في دلائله على العسرى كلام يتنفع بما في النهاية من اعتبار الأهمية . قال في النهاية : هذا من قبيل بيان حكم المرجع : أي مرجعها إلى أصل واحد ، وهو أن يكون القاضي حراسا بالثأر عاقلا عدلا كما في الشهادة ، لأن يكون حكم القضاء متينا على حكم الشهادة ، لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس ، يعرف أوصاف القضاء بأوصاف الشهادة بهذا الطريق لذلك ، ولأن أصل الولاية ينبت بأهلية الشهادة كالولاية بالقضاء ، وقال الله لا يكون يدون أسله فيصل أن يكون أهلية الشهادة أصلا لأهلية القضاء وهذا لأن الشهادة توجد بدون وصف القضاء ولا يوجد وصف القضاء بدون وصف الشهادة فكانت ولاية القضاء فرع الشهادة من هذا الوجه فيصح هذا الكلام انتهى (قوله لأن ولاية القضاء الخ) أقول : هذا الدليل لا يثبت الكبرى الكلية (قوله أو أكل من ولاية الشهادة) أقول : إذ به يقطع النزاع (قوله أو مرتبة عليها كانت أولى الخ) أقول : فثبتت الأولوية بصورة الترتيب بحث كما لا يخفى . لا يقال : إن القضاء بالشهادة لما كان مشروطا بها يكون شرط الشهادة شرطا لها .

ولو قبل جاز عندنا ، ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل ، وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله .

لا يحل أن يقضى بها فإن قضى جاز ونفذ (ولو كان عدلا) قبل الولاية فولى (ففسق) وجاز (بأخذ الرشوة وغيرها) من أسباب الفسق (لا ينزل ويستحق العزل هذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا) البخاريون والسمريون ومعنى يستحق العزل أنه يجب على السلطان عزله ذكره في الفصول . وقبل إذا ولى عدلا ثم فسق انزل لأن عدالته في معنى المشروطة في ولايته ، لأنه حين ولاه عدلا اعتماد عدلته فكانت ولايته مقيدة بعدالته فتزول بزوالها ، ولا شك أنه لو لم ذلك انزل فإن الولاية تقبل التقييد والتعليق بالشرط كما إذا قال له إذا وصلت إلى بلدة كذا فأنت قاضيا ، وإذا وصلت إلى مكة فأنت أمير للموسم ، والإضافة كأن يقول : جعلتك قاضيا في رأس الشهر ، ويستثنى منها كأن يقول جعلتك قاضيا إلا في قضية فلان أو لا تنتظر في قضية كذا ، لكن لا يلزم ذلك إذ لا يلزم من اختيار ولايته لصلاحه تقييدها به على وجه تزول بزواله فلا ينزل . وبهذا التقرير اندفع المورد من أن البقاء أسهل من الابتداء ، وفي الابتداء يجوز ولاية الفاسق ، ففي البقاء لا ينزل . واتفقوا في الإمرة والسلطنة على عدم الانزال بالفسق لأنها مبنية على القهر والغلبة . ثم الدليل على جواز تعليق الإمامة وإضافتها قوله صلى الله عليه وسلم حين بعث البعث إلى مؤتة وأمر عليهم زيد بن حارثة « إن قتل زيد فجعفر أميركم وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة » وهذه القصة مما اتفق عليها جميع أهل السير والمغازي . ثم الرشوة أربعة أقسام : منها ما هو حرام على الآخذ والمعطى وهو الرشوة على تقليد القضاء والإمارة ثم لا يصير قاضيا . الثاني ارتشاء القاضي ليحكم وهو كذلك حرام من الجانبين ثم لا ينفذ قضاؤه في تلك الواقعة التي ارتشى فيها سواء كان بحق أو بباطل . أما في الحق فلا نهى واجب عليه فلا يحل أخذ المال عليه . وأما في الباطل فأظهر . وحكي في الفصول في نفاذ قضاء القاضي فيما ارتشى فيه ثلاثة أقوال : لا ينفذ فيما ارتشى فيه ، وينفذ فيما سواه . وهو اختيار شمس الأئمة ، لا ينفذ فيها ، لا ينفذ فيها ، وهو ما ذكره البرزوي ، وهو حسن لأن حاصل أمر الرشوة فيما إذا قضى بحق لإيجابها فسقه وقد فرض أن الفسق لا يوجب العزل

هذا كل ما كان نهلا للشهادة كان أهلا للقضاء وبالعكس فالفاسق أهل للقضاء لأهليته للشهادة ، حتى لو قلد جاز ، إلا أنه لا ينبغي أن يقلد لأنه لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته فيه كما في حكم الشهادة فإنه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ، ولو قبل جاز عندنا بناء على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة نظرا إلى أهل ذلك العصر الذي شهد لهم صلى الله عليه وسلم بالخيرية ، وإلى ظاهر حال المسلم في غيرهم ، ولو كان عدلا ففسق بأخذ الرشوة بضم الراء وكسرها وهي معروفة أو غيرها مثل الزنا وشرب الخمر لا ينزل إذا لم يشترط العزل عند التقليد بتعاطي المحرم ويستحق العزل فيعزل من له الأمر ، وهذا يقتضى نفوذ أحكامه فيما ارتشى فيه وفي غيره مالم يعزل ، وإليه أشار الإمام البرزوي . وقوله وهذا إشارة إلى أن استحقات العزل دون العزل وهو ظاهر المذهب . وروى عن الكرخي أنه ينزل بالفسق وهو اختيار الطحاوي وعلي الرازي صاحب أبي يوسف ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك وإلى ما تقدم من جواز تقليد الفاسق القضاء فإن اختيار الطحاوي أن الفاسق إذا قلده القضاء لا يصير قاضيا ، والأول أظهر لقوله

بالمطريق الأول لكونه مشروطا بفك الشرط لأنه منالفة كما لا يخفى (قوله ولو قبل جاز ، إلى قوله : في غيرهم) أقول : فيه أن ما ذكره لا يدل على أن العدالة ليست من شرائط الشهادة بل على عكس ذلك فتأمل . ثم يدل على عدم اشتراط العدالة ولا يفيد لكن لمراء العدالة الظاهرة المعلومة فتأمل فإنه لا يصح أن يكون ما ذكره مبنى لجواز قبول شهادة الفاسق (قوله وهذا يقتضى نفوذ أحكامه الخ) أقول : سلم كما لا يخفى فإن قضاءه فيما ارتشى عمل لنفسه والقضاء على غيره فلا يكون ماضيا قضاء (قوله وهذا إشارة إلى أن استحقات الخ) أقول : الظاهر إسقاط أن في قوله إلى الخ ، ثم أقول : وعلى الأول تبدل عبارة الكافي حيث قال : ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة أو غيره لا ينزل ويستحق العزل في ظاهر الرواية انتهى (قوله ويجوز أن يكون إشارة إلى ذلك) أقول : بتأويل ما ذكر (قوله والأول أظهر لقوله الخ)

وقال الشافعي رحمه الله : الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده ، وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه . وقال بعض المشايخ رحمهم الله : إذا قلد الفاسق ابتداء بضح ، ولو قلد وهو عدل ينزل بالفسق لأن المقلد اعتمد عدلته فلم يكن راضيا بتقليده دونها ، وهل يصلح الفاسق مفتيا ؟ قيل لا لأنه من أمور الدين

فولايته قائمة وقضاؤه يحق فلم لا ينفذ ، وخصوص هذا الفسق غير موثر ، وغاية ما وجه به أنه إذا ارتشى عامل لنفسه أو ولده يعنى والقضاء عمل الله تعالى وارتشاء القاضي أو ولده أو من لا تقبل شهادته له أو بعض أعوانه سواء إذا كان يعلمه ، ولا فرق بين أن يرتشى ثم يقضى أو يقضى ثم يرتشى ، وفيه لو أخذ الرشوة ثم بعث إلى شافعي ليقضى لا ينفذ قضاء الثاني ، لأن الأول عمل في هذا لنفسه حين أخذ الرشوة وإن كان كتب إلى الثاني ليسمع الخصومة وأخذ مثل أجر الكتاب صبح المكتوب إليه ، والذي قلد بواسطة الشفعاء كالذي قلد احتسابا في أنه ينفذ قضاؤه وإن كان لا يحل طلب الولاية بالشفعاء . الثالث أخذ المال ليسوى أمره عند السلطان دفعا للضرر وأو جليا للنفع وهو حرام على الأخذ لا الدافع ، وحيلة حلها للأخذ أن يستأجر يوما إلى الليل أو يومين فتصير منافعه مملوكة ثم يستعمله في الذهاب إلى السلطان للأمر الفلاني . وفي الأقضية قسم الهدية وجعل هذا من أقسامها فقال : حلال من الجانيين كالإهداء للتودد ، وحرام من الجانيين كالإهداء ليعينه على الظلم ، حلال من جانب المهدي حرام على الأخذ وهو أن يهدى ليكف عنه الظلم . والحيلة أن يستأجره النخ ، قال : هذا إذا كان فيه شرط ، أما إذا كان الإهداء بلا شرط ولكن يعلم يقينا أنه إنما يهدى إليه ليعينه عند السلطان فشاغنا على أنه لا بأس به ، ولو قضى حاجته بلا شرط ولا طمع فأهدى إليه بعد ذلك فهو حلال لا بأس به ، وما قل عن ابن مسعود من كراهته فروع . الرابع ما يدفع لدفع الخوف من المدفوع إليه على نفسه وماله حلال للدافع حرام على الأخذ ، لأن دفع الضرر عن المسلم واجب ولا يجوز أخذ المال ليفعل الواجب (وهل يصلح الفاسق مفتيا قيل لا لأنه من أمور الدين) وقد

(وعن علمائنا الثلاثة رحمهم الله في النوادر أنه لا يجوز قضاؤه ، وهو قول الشافعي فإنه لا يجوز قضاؤه عنده كما لا تقبل شهادته عنده) وقيل هذا بناء على أن الإيمان يزيد وينقص ، فإن الأعمال من الإيمان عنده ، فإذا فسق فقد انتقص إيمانه (وقال بعض المشايخ إنه إذا قلد الفاسق يصحح ، ولو قلد وهو عدل فسق ينزل به لأن المقلد اعتمد عدلته في تقليده فلا يكون راضيا بتقليده دونها) فكان التقليد مشروطا ببقاء العدالة فيفتي بالتحاطب . واعترض بأن قول الفقهاء بقاء أسهل من الابتداء يتناقض جواز التقليد مع الفسق ابتداء ، والعزل بالفسق الطارئ ، والأول ثابت لأنه من مسلمة هذا الفن ينبئ عليه أحكام كثيرة كبقاء النكاح بلا شهود وامتناعه ابتداء بدونها ، وجواز الشيوع في المحبة بقاء لا ابتداء ، فيفتي الثاني وهو ثبوت القضاء بالفسق ابتداء والعزل بالفسق الطارئ . والجواب يؤخذ من الدليل المذكور وهو أن التقليد كان معلقا بالشرط ، فإن تعليق القضاء والإمارة بالشرط جائز بدليل ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وأمر عليهم زيد بن حارثة ثم قال : إن قتل زيد فيجوز أميركم ، وإن قتل جعفر فبعد الله بن ربيعة أميركم ، وكذلك تعليق عزل القاضي بالشرط جائز

أقول : وفيه تأمل لخفاء دلالة ما ذكره على الظاهرية (قوله وقيل هذا ابتداء الخ) أقول : في بحث (قوله والأول ثابت) أقول : يفتي ببقاء البقاء أسهل (قوله وامتناع الخ) أقول : يعني امتناع النكاح بلا شهود (قوله وجواز الشيوع في المحبة الخ) أقول : كما إذا رجع لرواها في بعض الشافعي لم يستحق لبعض الشافعي .

وخبره غير مقبول في الديانات ، وقيل يصلح لأنه يجتهد كل الجهد في إصابة الحق حذار النسبة إلى الخطأ ، وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية .

ظهرت خيائته للدين (وقيل يستغنى لأنه يجتهد كل الجهد حذار أن ينسب فقهاء عصره إلى الخطأ ، وأما الثاني) وهو اشتراط أهلية الاجتهاد (فالصحيح أنها ليست شرطا للولاية بل للأولوية ، فأما تقليد الجاهل فمصحح عندنا) ويحكم بفتوى غيره (خلافا للشافعي) ومالك وأحمد وقولهم رواية عن علمائنا نص محمد في الأصل ، أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ولكن المختار خلافا . قالوا : القضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم . قلنا : يمكنه القضاء بفتوى غيره (ومقصود القضاء وهو إيصال الحق إلى مستحقه) ورفع الظلم (يحصل به) فاشتراطه ضائع ، والمراد بالعلم ليس ما يقطع بصوابه بل ما يظنه المجتهد ، فإنه لا قطع في مسائل الفقه ، وإذا قضى بقبول مجتهد فيه فقد قضى بذلك العلم وهو المطلوب ، وكون معاذ قال : أجتهد برأيي لا يلزمه اشتراطه ، وإلحاحه يذكر معاذ الإجماع لأنه لم يكن حجة في زمنه صلى الله عليه وسلم . وقد قلنا أيضا عن الغزالي توجيه خلافه فيقلد في هذا الزمان . في بعض نسخ الهداية : الاستدلال على تقليد المقلد بتقليد النبي صلى الله عليه وسلم عاليا الثمين ولم يكن مجتهدا فليس بشيء ، فإنه عليه الصلاة والسلام دعا له بأن يهدى الله قلبه ويثبت لسانه . فإن كان بهذا الدعاء رزق أهلية الاجتهاد فلا إشكال ، وإلا فقد حصل له المقصود من الاجتهاد وهو العلم والهدى ، وهذا غير ثابت في غيره ، وسند ذكر سند حديث علي رضي الله عنه . واعلم أن ما ذكر في القاضي ذكر في المفتي فلا يبقى إلا المجتهد ، وقد استقر رأي الأصوليين على أن المفتي هو المجتهد ، وأما غير المجتهد ممن يحفظ أقوال أئمة فليس بمفت ، والواجب عليه إذا سئل أن يذكر قول المجتهد كأني حنيفة على جهة الحكاية ، فعرف أن ما يكون في زماننا من فتوى الموجودين ليس بفتوى ، بل هو نقل كلام المفتي ليأخذ به المستفتي ، وطريق نقله كذلك عن المجتهد أحد أمرين إما أن يكون له فيه سند إليه أو يأخذه من كتاب معروف تداولته الأيدي نحو كتب محمد بن الحسن ونحوها من التصانيف المشهورة للمجهدين لأنه بمنزلة الخبر المتواتر عنهم أو المصهور ، وشهد هكذا ذكر الرازي فعلى هذا لو وجدنا بعض نسخ النواذر في زماننا لا يحمل عزوما فيها إلى محمد ولا إلى أبي يوسف لأنها لم تشتهر في عصرنا في ديارنا ولم تتداول . نعم إذا وجد النقل عن النواذر مثلا في كتاب مشهور معروف كالهداية والمبسوط كان ذلك تعويلا على ذلك الكتاب ،

ذكره في باب موت الخليفة من شرح أدب القاضي ، والملق بالشرط يقتضي بانقضائه . والفرق بين القضاء والإمامة والإمارة في أن الإمام أو الأمير إذا كان غلاما وقت التقليد ثم فسق لا يخرج عن الإمامة . والإمارة أن مبنى الإمارة على السلطة والقهر والغلبة ، ألا ترى أن من الأمراء من قد غلب وجار وأجازوا أحكامه والصحابة تقلدوا الأعمال منه وصلوا خلفه . وأما مبنى القضاء فإنه على العدالة والأمانة ، وإذا بطلت العدالة بطل القضاء ضرورة (والفاسق هل يصلح مفتيا ؟ قيل لا لأنه من أمور الدين ، والفاسق لا يؤمن عليها ، وقيل يصلح لأنه يخاف أن يفسد إلى الخطأ فلا يترك الصواب . وأما الثاني) يعني اشتراط الاجتهاد للقضاء . فإن لفظ القدوري يدل على أنه شرط صحة التولية لوقوعه في سياق لا يصح ، وقد ذكر محمد في الأصل أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضيا ، لكن (الصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية) مقال الخصاف : القاضي يقضى باجتهاده نفسه إذا كان له رأي وفإن يكن له رأي

فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافاً للشافعي رحمه الله ، وهو يقول : إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم . ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره ، ومقصود القضاء يحصل به وهو إيصال الحق إلى مستحقه :

فلو كان حافظاً للأقوال المختلفة للمجتهدين ولا يعرف الحجة ولا قدرة له على الاجتهاد للترجيح لا يقطع بقول منها يقضى به ، بل يحكيها للمستفتي فيختار المستفتي ما يقع في قلبه أنه الأصوب ذكره في بعض الجوامع . وعندى أنه لا يجب عليه حكاية كلها بل يكفيه أن يحكى قولاً منها فإن المقلد له أن يقلد أى مجتهد شاء ، فإذا ذكر أحدها فقلده حصل المقصود ، نعم لا يقطع عليه فيقول جواب مسئلتك كذا بل يقول قال أبوحنيفة حكم هذا كذا ، نعم لو حكى الكل فالأخذ بما يقع في قلبه أنه الأصوب أولى . والعامى لأعبرة بما يقع في قلبه من صواب الحكم وخطئه ، وعلى هذا إذا استفتى قعيين : أعنى مجتهدين فاختلفا عليه الأولى أن يأخذ بما يميل إليه قلبه منهما . وعندى أنه لو أخذ بقول الذى لا يميل إليه قلبه جاز لأن ميله وعلمه سواء ، والواجب عليه تقليد مجتهد وقد فعل أصاب ذلك المجتهد أو أخطأ . وقالوا المنقول من مذهب إلى مذهب آخر باجتهاد وبرهان آثم يستوجب التعزير فلا اجتهاد وبرهان أولى ، ولا بد أن يراد بهذا الاجتهاد معنى التحرر وتحكيم القلب لأن العامى ليس له اجتهاد . ثم حقيقة الاتصال إنما تتحقق في حكم مسألة خاصة قلده فيه وعمل به ، وإلا فقلده قلدت أباحية فبها أفنى من المسائل مثلاً والتمت العمل به على الإجمال وهو لا يعرف صورها ليس حقيقة التقليد بل هذا حقيقة تعليق التقليد أو وعد به ، لأنه التزم أن

وسأل قعيها أخذ بقوله (قوله فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا) يحتمل أن يكون مراده بالجاهل المقلد لأنه ذكره في مقابلة المجتهد وسماه جاهلاً بالنسبة إلى المجتهد وهو المناسب لسياق الكلام ، ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء وهو المناسب لسياق الكلام وهو قوله (خلافاً للشافعي) فإنه علل له بقوله (إن الأمر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم) ولم يقل دون الاجتهاد وشبهه بالتحرر ، فإن الإنسان لا يصل إلى المقصود لتحرر غيره بالاتفاق ، فلو صلب بتحرر غيره لم يختبر ذلك . والأول هو الظاهر (ولنا أنه يمكنه أن يقضى بفتوى غيره لأن المقصود من القضاء هو أن يصل الحق إلى المستحق) وذلك كما يحصل باجتهاد نفسه يحصل من المقلد إذا قضى بفتوى غيره ، ويؤيده ما ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله في مسنده عن علي رضي الله عنه قال « أنفذني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وأنا حديث السن ، فقلت : تغفلني إلى قوم يكون بينهم أحداث ولا علم لي بالقضاء ؟ فقال : إن الله تعالى سيهدي لسانك ويثبت قلبك ، فما شككت في قضاء بين اثنين

(قوله ويحتمل أن يكون المراد به من لا يحفظ شيئاً الخ) أقول : فيه بحث ، فإن مقضى التشبيح بالتحرر أن يراد بالجاهل غير المجتهد لأن لا يحفظ شيئاً من أقوال الفقهاء (قوله ولا قدرة دون العلم ولم يقل دون الاجتهاد) أقول : لعل المراد بالعلم هو العلم الموهود : أي العلم بالأحكام الشرعية من أدائها التفصيلية بقريئة اللقاع (قوله وشبهه بالتحرر) أقول : يعني شبه المصنف على ما وجد في بعض النسخ بعد قوله دون العلم صار كالتحرر فإنه لا يصل بتحرر غيره (قوله فإنه يدل على أن الاجتهاد الخ) أقول : الكلام في صحة ولاية المفسر على الجاهل . (قوله فلا يلتفت إلى ما قيل الخ) أقول : وقد مر في باب الإحرام من كتاب الحج .

ويُبنى للمقلد أن يختار من هو الأقدر والأولى لقوله عليه الصلاة والسلام « من قلد إنسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » .

يعمل بقول أبي حنيفة ، فيما يقع له من المسائل التي تتعين في الواقع . فإن أرادوا هذا الالتزام فلا دليل على وجوب اتباع المجتهد . المعين بإلزامه نفسه ذلك قولاً أو نيةً شرعاً ، بل الدليل يقتضي العمل بقول المجتهد فيما احتاج إليه لقوله تعالى - فاستأخوا أهل الذكرا إن كنتم لا تعلمون - والسؤال إنما يتحقق عند طلب حكم الحادثة المعينة ، وحينئذ إذا ثبت عنده قول المجتهد وجب عليه عمله به ، والغالب أن مثل هذه إلزامات منهم لكفّ الناس عن تتبع الرخص وإلا أخذ العاى في كل مسألة بقول مجتهد قوله أخف عليه . وأنا لا أدرى ما يمنع هذا من النقل أو العقل وكون الإنسان يتبع ما هو أخف على نفسه من قول مجتهد مسوّغ له الاجتهاد ما علمت من الشرع ضمه عليه ، وكان صلى الله عليه وسلم يجب ما خفف عنه أمته ، والله سبحانه أعلم بالصواب (قوله ويبنى للمقلد) وهو من له ولاية التقليد (أن يختار من هو أقدر وأولى) لديانته وعفته وقوته دون غيره ويرزقه من بيت المال . ولا بأس للقاضي أن يأخذ وإن كان غنياً مثيراً وإن احتسب فهو أفضل . والأصل فيه قوله تعالى في مال اليتيم إذا عمل فيه الوصى - ومن كان غنياً فليستعفف ، ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف - وذكر عن عمر رضي الله عنه أنه كان يبرزق سليمان بن ربيعة الباهلي على القضاء كل شهر خمسمائة درهم لأنه فرغ نفسه للعمل للمسلمين ، فكانت كفايته وعياله عليهم . قالوا : وكان عمر رضي الله عنه يبرزق شريحاً كل شهر مائة درهم ورزقه على خمسمائة وذلك لقلّة عياله في زمن عمر رضي الله عنه ، أو رخص السعر وكثرة عياله في زمن علي رضي الله عنه أو غلاء السعر ، فرزق القاضي لا يقدر بشيء لأنه ليس بأجير لأنه لا يعمل على القضاء . وإنما يختار الأولى لقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه الحاكم في المستدرک عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من استعمل رجلاً على عصابة وفي تلك العصابة من هو أروى لله منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » وقال : صحيح الإسناد . وتعقب بحسين بن قيس فإنه ضعيف ، وضعفه العقيلي وقال : إنما يعرف هذا من كلام عمر بن الخطاب رضي الله عنه . وأخرجه الطبراني من غير طريق حسين هذا عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تولي من أمر المسلمين شيئاً فاستعمل عليهم رجلاً وهو يعلم أن فيهم من هو أولى بذلك وأعلم منه بكتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين » وروى أبو يعلى الموصلي في مسنده عن حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل استعمل رجلاً على عشرة أنفس وعلم أن في العشرة من هو أفضل منه فقد غش الله ورسوله وجماعة المسلمين » والذي له ولاية التقليد الخليفة والسلطان الذي نصبه الخليفة

بعد ذلك ، فإنه يدل على أن الاجتهاد ليس بشرط الجواز لأن علياً حينئذ لم يكن من أهل الاجتهاد (نعم يبنى للمقلد أن يختار الأقدر والأولى لقوله صلى الله عليه وسلم « من قلد إنسانا عملاً وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين ») وهو حديث ثبت بنقل العدول ، فلا يلتفت إلى ما قيل إنه خارج عن المدونات ،

وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه : وحاصله أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه لمعرفة بالحديث لتلا يشغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل أن يكون مع ذلك صاحب قرينة

وأطلق له التصرف ، وكذا الذي ولاه السلطان ناحية وجعل له خراجها وأطلق له التصرف فإن له أن يولي ويعزل ، كذا قالوا . ولا بد من أن لا يصرح له بالمنع أو يعلم ذلك بعرفهم فإن نائب الشام وحلب في ديارنا يطلق لهم التصرف في الرعية والخراج ولا يولون القضاة ولا يعزلون ، ولو ولي فحكم المولى ثم جاء بكتاب للسلطان لا يكون ذلك إمضاء للقضاء ، والحرية شرط في السلطان وفي التقليد بالأصالة لا بطريق النيابة ، فإن السلطان إذا أمر عبده على ناحية وأمره أن ينصب القاضي جاز ، فإن نصبه كتنصب السلطان بنفسه (قوله وفي حد الاجتهاد كلام عرف في أصول الفقه : وحاصل ذلك) الكلام (أن يكون صاحب حديث له معرفة في الفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لتلا يشغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين القولين أن على الأول نسبتة إلى معرفة الحديث أكثر من معرفته بالفقه ، وفي الثاني عكسه . ثم إن المصنف رتب على الأول كونه حينئذ يعرف معاني الآثار ، والمрад بمعاني الآثار المعاني التي هي مناطة الأحكام الدالة عليها ألفاظ الحديث ، وعلى الثاني سلامته من القياس مع معارضة النص وقد وقع التصريح بأنهما قولان ، ولا شك في ذلك لأنهما متضادان لأن كونه أدرى بالحديث من الفقه يضاد كونه أدرى بالفقه من الحديث ، وأنت تعلم أن المجتهد يحتاج إلى الأمرين جميعا وهو محذور من القياس في معارضة النص ومعرفة معاني الآثار ليتمكن من القياس : فالوجه أن يقال صاحب حديث وفقه ليعرف معاني الآثار ، ويتمتع عن القياس ، بخلاف النص : والحاصل أن يعلم الكتاب والسنة بأقسامهما من عبارتهما وإشارتهما ودلالتهما واقتضائهما وبأبواب الأقسام ناخضهما ومتنوعهما ومناطاة أحكامهما وشرائط القياس والمسائل المجمع عليها لتلا يقع في القياس في مقابلة الإجماع وأقوال الصحابة لأنه قد يقدّم على القياس فلا يقيس في معارضة قول الصحابي ويعلم عرف الناس وهذا قوله (وقيل أن يكون صاحب قرينة الخ) فهذا القيل لا بد منه في المجتهد ، فن أثبت هذه الجملة فهو أهل الاجتهاد فيجب عليه أن يعمل باجتهاده وهو أن يبذل جهده في طلب الظن بحكم

فإنه طعن بلا دليل فلا يقلد المقلد عند وجود المجتهد العدل (قوله وفي حد الاجتهاد) إشارة إلى معنى الاجتهاد إجمالا ، فإن بيانه تفصيلا موضعه أصول الفقه وقد ذكرناه في التقرير مفصلا (وحاصل ذلك أن يكون المجتهد صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث لتلا يشغل بالقياس في المنصوص عليه) والفرق بين العبارتين نير (وقيل أن يكون مع ذلك) أي مع ما ذكرنا من أحد الأمرين (صاحب قرينة) أي طبيعة جيدة خالصة من التشكيكات المكثرة ينتقل من المطالب إلى المبادئ ، ومنها إلى المطالب بسرعة يترتب المطلوب على ما يصلح أن يكون سببا له من عرف أو عادة ، فإن من الأحكام ما يبتقى عليها مخالفا للقياس كخلول الحمام وتعاطي العجوين

(قوله وحاصل ذلك أن يكون الخ) . أقول : قوله له خبر ، ويجوز أن يكون حالا وأن يكون صفة بل هو أول . (قوله من عرف أوعادة) أقول : اختيار في التعبير (قوله وتعاطي العجوين) أقول : أي استراقه فإن قتياس يأتي جوازه لعدم إمكان معرفة المساواة فيه لعدم إمكان معرفة ما دخل في كل منهما من الماء .

يعرف بها عادات الناس لأن من الأحكام ما يبتنى عليها . قال (ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قلدوة ، ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف .

شرعى عن هذه الأدلة ولا يقلد أحدا (قوله ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أن يؤدي فرضه ، لأن الصحابة رضوان الله عليهم تقلدوا ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف) أما أن الصحابة تقلدوا فحديث معاذ معروف . وكذا على "رضي الله عنهما" لرواية أبي داود عن علي "قال « بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى اليمن قاضيا ، فقلت : يا رسول الله ترسلني وأنا حديث السن ولا علم لي بالقضاء ؟ فقال : إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك ، فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول ، فإنه حري أن يبين لك القضاء ، قال : فما زلت قاضيا أو ما شككت في قضاء بعد » ورواه أحمد وإسحاق بن راهويه والطائسي والحاكم وقال : صحيح الإسناد ، وأخرجه ابن ماجه وفيه «ضرب صدرى وقال : اللهم أهد قبله وثبت لسانه ، قال : فما شككت » الحديث ، وصححه أيضا الحاكم في المستدرج عن ابن عباس "قال « بعث النبي صلى الله عليه وسلم عليا رضي الله عنه إلى اليمن فقال : علمهم الشرائع واقض بينهم » الحديث ، وصححه ثم قال علي "شرعا الإمام . ولما أنه فرض كفاية فقد قلنناه ، غير أن مقتضاه أن يكون الدخول فيه مستحبا ، وعبرة لا بأس أكثر استعمالها في المباح وما تركه أولى . وحاصل ما هنا أنه إن لم يأمن على نفسه الخيف : أى الجور أو عدم إقامة العدل كره له الدخول كراهة تحريم لأن الغالب الوقوع في عخطوره حيثئذ وإن أمن أبيع رخصة ، والترك هو المزيعة لأنه وإن أمن فالغالب هو خطأ ظن من ظن من نفسه الاعتدال فيظهر منه خلافه فيؤخره عن الاستجاب . هذا إذا لم تنحصر الأهلية فيه ، وإن انحصرت صار فرض عين وعليه ضبط نفسه ، إلا إن كان السلطان ممن يمكن أن يفصل الخصومات ويتفرغ لذلك . وحديث أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من جعل على القضاء فقد ذبح بغير سكين » حسنه الرملى ، وأخرجه ابن عدى في الكامل من حديث ابن عباس . عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من استفضى فقد ذبح بغير سكين » وحكى أن بعض القضاة استخف بهذا الحديث ثم دعا من يسوى له لحيته فبينما هو يحاق له تحت لحيته فيحلقومه إذ عطس القاضي فألقى للموسى رأسه ، وقد جاء في التحذير من القضاء آثار . وقد اجتنبه أبو حنيفة وصبر على الضرب والسجن حتى مات في السجن وقال : البحر عميق فكيف أعبر بالسباحة ؟ فقال أبو يوسف : البحر عميق والسفينة وثيق والملاح عالم ، فقال

وغير ذلك . قال (ولا بأس بالدخول في القضاء الخ) ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه أنه إذا تولاها وقام بما هو فرضة وهو الحق ، لأن القضاء بالحق فرض أمر به الأنبياء ، قال الله تعالى - باداود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق - وقال لنبينا صلى الله عليه وسلم - إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس - فمن وثق بنفسه أنه يؤدي هذا الفرض فلا بأس بالدخول فيه ؛ لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قلدوة ، ولأنه فرض كفاية لكونه أمرا بالمعروف ونها عن المنكر . واعترض بأن الدخول في فرض الكفاية إن لم يكن واجبا فلا أقل من الندب كما في صلاة الجنازة وغيرها . وأجيب بأنه كذلك

(قوله وقال لنبينا عليه الصلاة والسلام الخ) أقوله : فيه تأمل .

قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا بأس على نفسه الحيف فيه) كى لا يصير شرطا لمباشرة القبيح ، وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام « من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير نسكين »

أبو حنيفة : كأتى بك قاضيا . وقول أبى حنيفة كقول أبى قلابة : ما وجدت القاضي إلا كساحب في بحر فكم يسبح حتى يغرق . وكان دعى القضاء فهرب حتى أتى الشام فوافق موت قاضيا ، فهرب حتى أتى النجاة . واجتنبه كثير من السلف . وقيد محمد بن الحسن نيفا وثلاثين يوما أو نيفا وأربعين يوما ليتقلده . وقد أخرج مسلم عن أبى ذر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له : « يا أبا ذر إني أحب لك ما أحب لنفسى ، لا تأمرن على اثنين ولا تولين مال اليتيم » وأخرج أبو داود عن أبى بريدة عن أبيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « القضاء ثلاثة : اثنان في النار ، وواحد في الجنة : رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة ، ورجل عرف الحق فلم يقض وجار في الحكم فهو في النار ، ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهل فهو في النار » وفي صحيح ابن حبان عن عائشة رضي الله عنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : يدعى بالقاضي العادل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يمتحن أنه لم يقض بين اثنين في عمره . وأخرج الحاكم عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من ولى عشرة فحكم بينهم بما أحبوا أو كرهوا اجيء به يوم القيامة مغلوله يده إلى عنقه ، فإن حكم بما أنزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله عنه غله ، وإن حكم بغير ما أنزل الله وارتشى في حكمه وخاف فيه شللت يساره إلى يمينه ثم رمى به في جهنم » وروى النسائي عن مكحول : لو خيرت بين ضرب عتق وبين القضاء اخترت ضرب عتق . وأخرج ابن سعد في الطبقات قال : استعمل أبو الدرداء على القضاء فأصبح الناس يهنونه بالقضاء ، فقال : أهنتوني بالقضاء وقد جعلت على رأس مهواة منزلة أبعد من عتق أبيين . وأما ما في البخارى سبعة « يظلمهم الله في ظله يوم لا ظل إلا ظله : إمام عادل » فلا ينال في محيية أولا مغالاة يده إلى

إلا أن فيه خطر الوقوع في المحذور فكان به بأس . قال (ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز النخ) من خاف العجز عن أداء فرض القضاء ولا يأمن على نفسه الحيف وهو الجور فيه كره له الدخول فيه كى لا يصير الدخول فيه شرطا : أى وسيلة إلى مباشرة القبيح وهو الحيف في القضاء ، وإنما عبر بلفظ الشرط لأن أكثر ما يقع من الحيف إنما هو بالميل إلى حطام الدنيا بأخذ الرشا ، وفي الغالب يكون ذلك مشروطا بمقدار معين مثل أن يقول لى على فلان أو له على مطالبة بكذا فإن قضيت لى فلك كذا ، وكره بعض العلماء أو بعض السلف الدخول فيه مختارا سواء وثقوا أنفسهم أو خافوا عليها ، وفسر الكراهة هاهنا بعدم الجواز . قال الصلر الشهيد في أدب القاضي : ومنهم من قال لا يجوز الدخول فيه إلا مكرها ، ألا ترى أن أباحنيفة رحمه الله دعى إلى القضاء ثلاث مرات فأبى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا ، فلما كان في المرة الثالثة قال : حتى أستشير أصحابى ، فاستشار أباه يومئذ رحمه الله فقال أبو يوسف : لو تقلدت لضعفت الناس ، فنظر إليه أبو حنيفة نظر المغضب وقال : أوأيت لو أمرت أن أعبر البحر سباحة أكننت أقدر عليه وكأتى بك قاضيا ، وكذا دعى محمد رحمه الله إلى القضاء فأبى حتى قيد وحبس

(قوله فكان به بأس) أقول : سبق من الفارح فأول فصل التنزيل أن قول من قال كلمة لا بأس تستعمل فيما يكون تركه أول ليس مجرى حل عموم (قوله كى لا يصير الدخول فيه شرطا أى وسيلة إلى مباشرة القبيح) أقول : فيه بحث فإن شرط مباشرة القبيح حل ماذ كره ليس بالدخول في القضاء فلا يطابق للشروح ولا يحد أن يدعى كون الدخول شرطا لصديق ترفيعه عليه فتأمل (قوله ألا ترى أن أباحنيفة قلح)

والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل والترك عزيمة فلعلة يخطئ ظنه ولا يوفق له أولا يعينه عليه غيره ، ولا بد من الإعانة إلا إذا كان هو أهلا للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد بصيانة لحقوق العباد وإخلاء العالم عن الفساد (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها) لقوله عليه الصلاة والسلام من طلب القضاء وكل إلى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ، ولأن من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ، ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم :

عنه إلى أن يفكها عدله فيظله الله تعالى في ظله فلا يعارض (قوله وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله صلى الله عليه وسلم « من طلب القضاء وكل إلى نفسه » الخ) أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من سأل القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسدده » ولفظ أبي داود « من طلب القضاء واستعان عليه » وأخرجه الترمذي أيضا عن أنس مرفوعا « من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل إلى نفسه ، ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده » وقال : حسن غريب ، وهو أصح من حديث إسرائيل يريد سند الأول ، وأصح من الكل حديث البخاري قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يا عبد الرحمن بن سمره لا تسأل الإمارة فإنك إن أوتيتها عن مسألة وكلت إليها ، وإن أوتيتها من غير مسألة أعنت عليها » وإذا كان طلب الولاية أن يوكل إلى نفسه وجب أن لا يحل لأنه حينئذ معلوم وقوع الفساد منه لأنه معلور

فاضطرم تقلد . واستدل المصنف على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « من جعل على القضاء فكأما ذبح بغير مسكين » رواه أبو هريرة رضي الله عنه . وذكر الصلبر الشهيد في أدب القاضي وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير مسكين قال : لأن المسكين يؤثر في الظاهر والباطن جميعا ، والذبح يغني مسكين يؤثر في الباطن يزهق الروح ولا يؤثر في الظاهر ، ووبال القضاء لا يؤثر في الظاهر فإن ظاهره جاه وعظمة لكن في باطنه هلاك . وكان شمس الأئمة الحلواني رحمه الله يقول : لا ينبغي لأحد أن يزدري هذا اللفظ كي لا يصيبه ما أصاب ذلك القاضي ، فقد حكى أن قاضيا روى له هذا الحديث فآذره وقال : كيف يكون هذا ، ثم دعا في مجلسه بمن يسوى شعره ، فمجلع الحلاني يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه إذ عطس فأصابه المومي وألقى رأسه بين يديه : ثم قال المصنف (والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا في إقامة العدل) روى الحسن عن أبي يوسف ومحمد أنه إذا قلد من غير مسألة لا بأس به وقال (الترك عزيمة لأنه قد يخطئ ظنه) فيما اجتهد (ولا يوفق له) إذا كان مجتهدا (أو لا يعينه عليه غيره ولا بد من الإعانة) إن كان غير مجتهد . وقال شمس الأئمة السرخسي في شرح أدب القاضي للخصاف : دخل في القضاء قوم صالحون واجتنبه قوم صالحون ، وترك الدخول فيه أصلح وأسلم لدينه لأنه يلزم أن يقضى بحق ولا يدري أيقدر على الوفاء به أولا ، وفي ترك الدخول صيانة نفسه ، وهذا إذا كان في البلد غيره من يصلح للقضاء (فأما إذا كان هو الأهل دون غيره فحينئذ يفترض عليه الدخول بصيانة لحقوق العباد) في قههم (وإخلاء للعالم عن الفساد) في الحدود والقصاص ، فإذا كان في البلد قوم يصلحون للقضاء فامتنع كل واحد منهم عن الدخول فيه أتموا إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم وإلا فلا ، ولو امتنع الكل حتى قلد جاهل اشتركوا في الإثم لأداته إلى تضييع أحكام الله تعالى . قال (وينبغي أن لا يطلب الولاية ولا يسألها الخ) من صلح للقضاء ينبغي أن لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسألها بلسانه

أقول : فيه أن قصة أبي حنيفة لا تقل على جواز الدخول فيه ولو مكروا ، ألا يرى أنه أكره عليه ولم يدخل (قال المصنف والصحيح الخ) أقول : فالحديث محمول على القاضي الملقب أو الطالب (قوله لأنه قد يخطئ ظنه فيما اجتهد الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المجتهد إذا أخطأ يتأب . وعنى الأصوب أن يقال قلله يخطئ ظنه : أي ظنه قبل الدخول في القضاء بأنه يقضى بالحق لمه يخطئ إذ ربما يظهر للطمع الكامن الذي كان غافلا وغير ذلك من النصب والتعصب والميل إلى بعض الأشياء والخوف (قوله إن كان السلطان بحيث لا يفصل بينهم) أقول : أي لا يفصل الخصومات بين الناس كما ينبغي .

(ثم يجوز التلذذ من السلطان الجائر كما يجوز من العادل) لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته ، والتابعين تقلدوه من الحجاج وكان جاثرا إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق

(قوله ويجوز التلذذ من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه من معاوية رضي الله عنه والحق كان بيد علي رضي الله عنه في نوبته ، والتابعين تقلدوا من الحجاج) هذا تصريح بجواز معاوية ، والمراد في خروجه لا في إقصائه ، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولي القضاء قبل تسليم الحسن له ، وأما بعد تسليمه فلا ، ويسمى ذلك العام عام الجماعة ، واستقصى معاوية أبا الدرداء بالشام وبها مات ، وكان معاوية رضي الله عنه استشاره فيمن يولي بعده فأشار عليه بفضالة بن عبيد الأنصاري فولاه الشام بعده . وقوله في نوبته : نوبة علي التي ذكرها المصنف هي كونه رابعا بعد عثمان ، وقيد بنوبته احترازاً عن قول الروافض إنه كان أحق بها في سائر النوب حتى من أبي بكر رضي الله عنه ، وإنما كان الحق معه في تلك النوبة لصحة بيعته وانقادها فكان على الحق في قتال أهل الجمل وقتال معاوية بصفيين . وقوله عليه الصلاة والسلام لعمار « ستقتلك الفئة الباغية » وقد قتله أصحاب معاوية يصرح بأنهم بغاة ، ولقد أظهرت عائشة رضي الله عنها الندم كما أخرجه ابن عبد البر في الاستيعاب قال : قالت رضي الله عنها لابن عمر : يا أبا عبد الرحمن مامتك أن تهاني عن مسيري ؟ قال : رأيت رجلا غلب عليك ، يعني ابن الزبير ، فقالت : أما والله لو نهيتي ما خرجت . وأما الحجاج فعلاه معروف في تاريخ البخاري بسنده عن أبي إسحاق قال : كان أبو بردة بن أبي موسى على قضاء الكوفة فعزله الحجاج وجعل أخاه مكانه . وأسند في موضع آخر عن ضمرة قال : استقصى الحجاج أبا بردة بن أبي موسى وأجلس معه سعيد بن جبير ، ثم قتل سعيد بن جبير ومات الحجاج بعده بسنة أشهر . وفي تاريخ أصبهان للحافظ أبي نعيم عبد الله بن أبي مريم الأموي : ولي القضاء بأصبهان للحجاج ثم عزله الحجاج وأقام محبوسا بواسط ، فلما هلك الحجاج رجع إلى أصبهان وتوفي بها . وقال ابن القطان في كتابه في باب الاستسقاء : طلحة بن عبد الله بن عوف أبو محمد الذي يقال له طلحة الندى بن أخي عبد الرحمن بن عوف تقلد القضاء من يزيد بن معاوية على المدينة ، وهو تابعي يروي عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي بكر رضي الله عنهم . وقوله (إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء بحق) استثناء من قوله

لما روى أنس بن مالك رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام « من طلب القضاء وكل إلى نفسه ، ومن أجبر عليه نزل عليه ملك يسده » وكل بالتخفيف : أي فوض أمره إليه ، ومن فوض أمره إلى نفسه لم يبتدئ إلى الصواب لأن النفس أمارة بالسوء ، لأن من طلب القضاء فقد اعتمد قهقهه وورعه وذكاه وأعجب فيحرم التوفيق ، وينبغي أن لا يشغل المرء بطلب ما لو نال يحرم به وإذا أكره عليه فقد اعتصم بمحبل الله مكسور القلب بالإكراه على ما لا يحب ويطرد وتوكل عليه - ومن يتوكل على الله فهو حسبه - فيلهم الرشد والتوفيق (قوله ثم يجوز التلذذ) تفريع على مسألة القدوري يبين أنه لا فرق في جواز التلذذ لأهله بين أن يكون المولى عادلا أو جاثرا ، فكما جاز من السلطان العادل جاز من الجائر ، وهذا لأن الصحابة رضي الله عنهم تقلدوا القضاء من معاوية وكان الحق مع علي رضي الله عنهما في نوبته ، دل على ذلك حديث عمار بن ياسر ، وإنما قيد بقوله (في نوبته) احترازاً عما يقوله الروافض إن الحق مع علي رضي الله عنه في نوبة أبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم أجمعين ، وليس الأمر كما قالوا ، بل أجمع الأمة من أهل الحل والعقد على صحة خلافة الخلفاء قبلهم وموضع باب الإمامة في أصول الكلام وعلماء السلف والتابعين تقلدوه من الحجاج وجوره مشهور في الآفاق . وقوله (إلا إذا كان لا يمكنه من القضاء)

(قوله احترازاً عما يقوله الروافض) أقول : ويحتمل أن يكون احترازاً عن خلافة معاوية باستقلال .

لأن المقصود لا يحصل بالتقصد ، بخلاف ما إذا كان يمكنه . قال (ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي كان قبله) وهو الخراط التي فيها السجلات وغيرها ، لأنها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء . ثم إن كان البياض من بيت المال فظاهر ، وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح

يموز التقصد من السلطان الجائر (لأن المقصود لا يحصل من التقصد) حيثل وهو ظاهر . هذا وإذا لم يكن سلطان ولا من يجوز التقصد منه كما هو في بعض بلاد المسلمين غلب عليهم الكفار كقروية في بلاد المغرب الآن وبلندية وبلاد الحبشة وأقروا المسلمين عندهم على مال يؤخذ منهم يجب عليهم أن يتفقوا على واحد منهم يعملونه واليا فيولي قاضيا أو يكون هو الذي يقضى بينهم وكذا ينصبوا لهم إماما يصلى بهم الجمعة .

[فروع في العزل] للسلطان عزل القاضي بريبة وبلارية ، ولا ينزل حتى يبلغه العزل وينزل نائبه بعزله ، بخلاف ما إذا مات القاضي ينزل نائبه . وكثير من المشايخ على أن النائب لا ينزل بعزل القاضي لأنه نائب للسلطان ، وينزل القاضي بعزله نفسه إذا بلغ السلطان ، وما لم يبلغه لا ينزل كعزل الوكيل نفسه لا ينزل حتى يبلغ الموكل . وقيل لا ينزل القاضي بعزله نفسه لأن قضاءه صار حقا لعمامة فلا يملك إبطاله . وعن أبي يوسف : لا ينزل بعزل السلطان حتى يأتي قاض آخر صيانة لحقوق الناس ، ومثله وصى القاضي إذا عزل نفسه يشترط علم القاضي ، ويجوز تعاقب العزل بالشرط . ومن صورته : إذا كتب الخليفة إليه إذا وصلك كتابي هذا فانت معزول لا ينزل حتى يصل إليه الكتاب . ولم يجر ظهور الدين تعليق العزل وليس بشيء ، وينزل خلفاء القاضي بموته ولا ينزل أمره الخليفة ، ولو قلد رجل قضاء بلدة لها قاض هل ينزل ؟ الأول عن أبي يوسف لا ينزل . قال في الخلاصة : وهو الأشبه . ولو شرط في القضاء شرطا مثل أن لا يمثل أمر أحد فخالف انزل . وعن أبي حنيفة لا يترك القاضي على القضاء أكثر من ستة ثم يعزله ويقول أشغلناك اذهب فاشتغل بالعلم ثم اتنا (قوله ومن قلد القضاء يسأل) أي أول ما يبدأ به من الأعمال . هذا وهو أن يسأل : أي يطلب من القاضي المنزل ديوانه ثم يفسر ديوانه بأنه (الخراط التي فيها السجلات وغيرها) من كتب الأوقاف وكتب نصب الأوصياء والمحاضر والصكوك وتقدير النفقات للأيتام وغيرهم مما اقتضاه الحال ، وإنما يطلبه (لأنها) وإنما (وضعت) عند القاضي (لتكون حجة) ووثيقة محفوظة (عند) القاضي إذا وقعت (الحاجة) إلى الحجة ومعرفة الأحوال (فتجعل عند من له ولاية النظر) في أمورهم وما كانت عند الأول إلا لأنه كذلك (ثم إن كان البياض) الذي كتب فيه القاضي ورقا أو رقا (من بيت المال فظاهر ، وكذا إذا كان من مال أرباب القضايا في الصحيح لأنه رضى به)

استثناء من قوله يجوز التنازل من السلطان الجائر ، فإنه إذا كان لا يمكنه من القضاء (لا يحصل المقصود بالتقصد) فلا فائدة لتقلده (بخلاف ما إذا كان يمكنه) قال (ومن قلد القضاء يسلم إليه ديوان القاضي الذي كان قبله الخ) من تولى القضاء بعد عزل آخر تسلم ديوان القاضي الذي كان قبله ، والديوان هو الخراط التي فيها السجلات وغيرها من المحاضر والصكوك وكتب نصب الأوصياء وتقدير النفقات لأنها : أي السجلات وغيرها إنما وضعت في الخراط لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء وإلا لا تفيد ، وسماها حجة وإن لم يكن الكتاب منفردا عن التكبير والبيئة حجة لأنها تتول إليها بالتذكير . ثم البياض : أي الذي كتب فيه الحادثة ورقا كان أو رقا لا يخلو عن أمور ثلاثة : إما أن يكون من بيت المال ، أو من مال الخصوم ، أو من مال القاضي الأول ، فإن كان الأول فوجه تسليم القاضي إياه ظاهر ، وكذا إذا كان من مال الخصوم في الصحيح

(قوله وإلا لاتفيه) أقول : يئى فالتبها المبالغة منها (قوله لأنها تتول إليها بالتذكير) أقول : لم يذكر البيئة لأن الحجة عند قيام

لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى ، وكذا إذا كان من مال القاضى هو الصحيح لأنه اتخذه تدبيرا لا تمولا ، ويبحث أمينين ليقضاهما بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئا فشيئا ، ويعملان كل نوع منها في خريطة كى لا يشتبه على المولى ، وهذا السؤال لكشف الحال لا للإلزام .

لأنه للقاضى لا لأنه ملك الذات (وقد انتقل القضاء إلى) القاضى (المولى) وإن كان ملك القاضى فكذلك فى الصحيح لأنه اتخذها تدبيرا ليحفظ به أمور الناس وحاجاتهم (لا تمولا ، ويبحث (المولى) اثنين) أو واحدا مأمونا ليقضاهما بحضرة المعزول أو (أمينه ويسألان) أمينين (المعزول شيئا فشيئا ويعملان كل نوع فى خريطة) مثلا الصكوك فى خريطة والتفقات فى خريطة وكتب الأوقاف فى خريطة ليكون أسهل للتناول ، بخلاف ما إذا خاط الكلى فإن فى الكشف عنه حينئذ عسرا شديدا ، وفى عرف ديارنا ليس عند القاضى صكوك الناس ولا كتب أو قافهم ، بل إذا كان القاضى هو ناظر الوقف (وهذا السؤال لكشف الحال) لا يلزم العمل بمقتضى الجواب من القاضى فإنه التحق بسائر الرعايا بالعزل ، ثم إذا قبضاه ختبا عليه خوفا من طروء التغيير . وأماما قيل يكتبان عدد ضياع الوقوف ومواضعها فليس إلى ذلك حاجة ، فإن كتب الأوقاف مشتملة على عدد الضياع الموقوفة والدور

لأنهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل إلى المولى ، وكذا إن كان من مال القاضى هو الصحيح لأنه اتخذها تدبيرا لا تمولا . وقوله فى الصحيح فى الصورتين احتراز عما قاله بعض المشايخ إن البياض إذا كان من مال الخصوم أو مال القاضى لا يغير المعزول على دفعه لأنه ملكه أو وهب له ، ولكن الصحيح فيما ما ذكر (قوله ويبحث أمينين) بيان لكيفية التسليم وهو أن يبحث المتولى رجلين من ثقاته وهو أحوط ، والواحد يكتفى (فيقبضاهما بحضرة المعزول أو أمينه ويسألانه شيئا فشيئا ويعملان كل نوع فى خريطة على حدة كى لا يشتبه على المولى) وهذا لأن السجلات وغيرها لما كانت موضوعة فى الخرائط بيد المعزول ربما لا يشتبه عليه ما يحتاج إليه وقت الطلب ، وأما المولى فلم يتقدم له عهد بذلك ، فإن تركت مجمعة تشبّه على المولى فلا يتصل إلى المقصود وقت الحاجة أو يتسر عايه ذلك (وهذا السؤال) أى سؤال المعزول (لكشف الحال لا للإلزام) فإنه بالعزل التحق بواحد من الرعايا فلا يكون قوله حجة ، ومتى قبضا ذلك يمتحان على ذلك احترازا عن الزيادة . قيل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام وهو يمتد إلى المفعول الثانى بمن وهنا ليس كذلك . وأجيب بأن المفعول الثانى محذوف وتقديره ويسألان المعزول عن أحوال السجلات وغيرها : وقوله شيئا فشيئا منصوب بعامل مضمّر يدل عليه قوله ويسألانه : أى يسألان شيئا فشيئا عنها ، وليس بشئ لأن الكلام فى الثانى كالكلام فى الأول ، والأولى

البيئية هى البيئة لا الكتاب القرصى ، بخلاف صورة التذكير لأنه لما كان ميبا للتذكير الذى هو الحجة حقيقة جعل حجة ثنائى ، فإن فى عبارة تتولى إليها نوع سهر عما قلنا ، ولكن الأمر سهل . بقى هنا بحث لأن الحجة بالتذكير إنما تكون بالنسبة إلى القاضى الذى وضعها فيها ووقت الخادعة بين يديه فلا فائدة فى تسليم القاضى الجديدها (قوله لأنه ملكه أو وهب له) : أى اقتصر على قوله لأنه ملكه لانتمى الصورتين ، وإنما ذكر قوله أو وهب له لتبين أن طريق تملكه إذ ربما يمتنع على بعض الأنهام فقال : ثم قوله لأنه ملك : أى فى الثانى وقوله أو وهب له : أى فى الأول (قوله وهذا السؤال : أى سؤال للمعزول) : أى سؤال البائنة فالسؤال هنا مضاف إلى المفعول (قوله قبل قوله وهذا السؤال لكشف الحال يدل على أن السؤال بمعنى الاستعلام) : أى لا يمتد أن يكون للسؤال معنى الاستعلام : أى يستطيان القاضى المعزول نوعا من الخرائط فنوعا آخر يملكه مثلا يستطيان أولا خريطة السجلات ثم خريطة الصكوك ، وكل هذا هذا السؤال لكشف الحال : أى الاستعلام على الوجه ، ويؤيد كونه بمعنى الاستعلام قوله ومن قلده القضاء يسأل ديوان القاضى فانهم (قوله شيئا فشيئا منصوب) : أى منصوب على المفعولية .

قال (وينظر في حال المحبوسين) لأنه نصب ناظرا (فن اعترف بحق ألزمه إياه) لأن الإقرار ملزم (ومن أنكر لم يقبل قول المزول عليه إلا بيينة) لأنه بالزل التحق بالرايا، وشهادة الفرد ليست بحجة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه (فإن لم تقم بيينة لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه وينظر في أمره) لأن فعل القاضي للمزول حتى ظاهرا فلا يجعل كى لا يؤدى إلى إبطال حق الغير :

والحوادث محدودة (قوله وينظر في حال المحبوسين) فيبحث إلى السجن من يحصيهم ويأتيه بأسماهم وأخبارهم ويسأل المحبوس عن سبب حبسه لأن القاضي ناظر في أمور المسلمين وهؤلاء مسجونون محبسون، ولا بد أن يثبت عنده سبب يوجب حبسهم، وثبوته عند الأول ليس حجة يعتمدها الثاني في حبس هؤلاء، لأن قول الأول لم يبق حجة (فن اعترف بحق ألزمه إياه) ورده إلى السجن إلا أن يبلغ المقدار الذي يخرج به من السجن عنده إذا لم يثبت له مال، وكذا من أنكر وشهد الشهود عليه والقاضي يعرف هؤلاء الشهود بالعدالة، فإن لم يعرف عدالتهم أخذ منهم كتيلا وأطاعهم حتى ينظر في حالهم، فإن ظهرت عدالة الشهود رده إلى السجن إذا طلبه الخصم (ولو أخبر القاضي المزول بسبب حبسهم لا يقبل لأنه التحق) بواحد من (الرايا وشهادة الفرد ليست حجة) وجبة للعمل (لا سيما) وهي (على فعل نفسه) وبهذا قال الشافعي ومالك. وقال أحد: يقبل قوله بعد الزل كما قبل الزل لأنه أمين الشرع، وعند مالك لا يقبل قوله قبل الزل أيضا إلا بحجة (وإذا لم يقبل قول المزول عليه ولم تقم بيينة) بما وجب حبسه (لا يجعل) باطلاعه (لأن فعل القاضي ظاهرا) ما كان إلا (بحق) فيحاط لخصمه الغائب

أن يجعل حالا بمعنى مفصلا كما في قوله تبينت له حسابا بابا بابا. قال (وينظر المولى في حال المحبوسين) بأن يبعث إلى الحبس من يحصيهم ويأتيه بأسماهم ويسأل المحبوسين عن سبب حبسهم (لأنه نصب ناظرا) لأمر المسلمين، وقول المزول ليس بحجة لما تقدم فلا بد من التخصص عن أحوالهم فيجمع بينهم وبين خصومهم (فن اعترف بحق ألزمه إياه) وحسبه إذا طلب الخصم ذلك لأن الإقرار ولى الواجد يحمل عرضه وعقوبته: أى حبسه (ومن أنكر) ما يوجب الحبس (لم يقبل قول المزول إلا بالبيينة لما تقدم أنه صار كواحد من الرايا، وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما إذا كانت على فعل نفسه) فإن قامت البيينة بالحق والقاضي يعرف عدالة الشهود ردهم إلى الحبس لقيام الحجة، وإن لم يعرفهم يسأل عن الشهود فإن عدلوا فكل ذلك (وإن لم تقم بيينة) أو لم يحضر خصم وأدعى المحبوس أن لخصم له وهو محبوس بغير حق (لم يجعل بتخليته حتى ينادى عليه) أياما إذا جلس يقول المنادى إن القاضي يقول من كان يطالب فلان بن فلان المحبوس الفلاني خصمه فليحضر، فإن حضر وإلا فن رأى القاضي أن يطلقه، فإن لم يحضر لرجل منهم خصم أخذ منه كتيلا بنفسه وأطلقه لأن فعل المزول حتى ظاهرا فلا يجعل بالتخليته ويستظهر أمره كى لا يؤدى إلى إبطال حتى الغير لجواز أن يكون له خصم غائب يدعى عليه إذا حضر. والفرق لأن حنيفة رحمه الله في أخذ الكفيل هنا وبين مسئلة قسمة التركة بين الورثة حيث لا يأخذ هناك كتيلا على ما سيحیی أن في مسئلة القسمة الحق للوارث الحاضر ثابت يقيين وفي ثبوته لغيره شك فلا يجوز تأخير الحق لأمر موهوم.

(قوله لأن الإقرار ولى الواجد يحمل عرضه الخ) أقول: قال صاحب البدائع: قال التنبى عليه الصلاة والسلام «لـ الواجد يحمل عرضه وعقوبته» انتهى. فإن قيل: من أين علم أنه واجد. قلنا: من حبس القاضي للمزول فإن الظاهر أنه لو لم يعلم يساره لم يحسبه. (قال المصنف: لم يقبل قول المزول عليه إلا بيينة) أقول: فيه تسامح لظهور أن الحجة هي البيينة لا قول المزول (قوله فإن لم يحضر لرجل منهم خصم الخ) أقول: معنى بعد التداء (قوله على مسيحي) أقول: في فصل القضاء بالمواريث من هذا الكتاب.

(وينظر في الودائع وارفع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به البينة أو يعترف به من هو في يده) لأن كل ذلك حجة (ولا يقبل قول المعزول لما بيناه) (إلا أن يعترف الذي هو في يده أن المعزول سلمها إليه فيقبل قوله فيها) لأنه ثبت بإقراره أن اليد كانت للقاضي فيصح إقرار القاضي كأنه في يده في الحال ، إلا إذا بدأ بالإقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضي فيسلم ما في يده إلى المقر له الأول لسبق حقه ويضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي .

فينادي عليه ، وصفته أن يأمر كل يوم إذا جالس مناديا ينادي في محله من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق فليات إلى القاضي يفعل ذلك أياما ، فإذا حضر وادعى وهو على جحوده ابتدأ الحكم بينهما ، وإن لم يحضر أخذ منه كفيلا بنفسه إذ لعله محبوس بحق لغائب ، وأمرته أنه في حبس قاض ، والظاهر أنه يحق ، فإن قال لا كفيل لي وأني أن يعطى كفيلا وجب أن يحتاط نوعا آخر من الاحتياط فينادى شهرا فإن لم يحضر أحد أطلقه . وقيل أخذ الكفيل هنا قولهما : أما على قول أبي حنيفة فلا كما قال في أصحاب الميراث إذا اقتسموا على ماسياتي ، والختار أن أخذ الكفيل هنا اتفاق . والفرق لأبي حنيفة أن المال ظاهرا حق لهذا الوارث ، وفي ثبوت وارث آخر شك فلا يجوز تأخير حقه إلى زمان حصول الكفيل لأمر موهوم ، وهنا الظاهر أن حبسه بحق لظهور أن فعل القاضي بحق ولكنه مجهول ، فليس أخذ الكفيل لموهوم ، ولو قيل في النظر إلى هذا الظاهر يجب أن لا يطلقه بقوله إلى مظلوم حتى تمضي مدة يطلق فيها مدعى الإصرار كان جيدا (قوله وينظر في الودائع وارفع الأوقاف) (الكائنة تحت أيدي أئمة القاضي ، والذي في ديوان من هذا أن أموال الأوقاف تحت أيدي جماعة يوليهم القاضي النظر أو المباشرة فيها وودائع اليتيمى تحت يد الذي يسمى أمين الحكم (فيعمل) فيها (على) حسب (ما تقوم به البينة) أنه لفلان أو غير ذلك (أو يعترف) الذي هو في يده (ولا يقبل قول المعزول) (على من هي في يده إذا أنكر وقال هي لي إلا ببينة (لما بينا) أنه التحق بواحد من الرعايا ، بخلاف القاضي لأنه هو المخصوص بأن يكتفى بقوله في الإلزام حتى أن الخليفة الذي قلده القاضي لو أخبر القاضي أنه شهد عنده الشهود بكلا لا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر ، والواحد لا يقبل قوله (إلا أن يعترف الذي في يده أن) القاضي (المعزول سلمها إليه فيحتمل إما

وأما هاهنا فإن الحق للغائب ثابت بيقين نظرا إلى ظاهر حال المعزول لكنه مجهول فلا تكون الكفالة لأمر موهوم وقيل أخذ الكفيل هاهنا أيضا على الخلاف فلا يحتاج إلى فرق . وذكر في المحيط الصحيح أن أخذ الكفيل هاهنا بالاتفاق ، فالفرق المذكور يكون محتاجا إليه ، وإن قال : لا كفيل لي أو لا أعطى كفيلا ، فإنه لم يجب على شيء نادى عليه شهرا ثم خلاه لأن طالب الكفيل كان احتياطا ، فإذا امتنع احتاط بوجه آخر وهو يحصل بالتداء عليه شهرا) وينظر المولى في الودائع وارفع الوقوف) لأنه نصب ناظرا في أمور الناس (فيعمل في المذكور على) حسب (ما تقوم به البينة أو باعتراف من هو بيده) لأنه لا بد لعمله من حجة (وكل ذلك حجة ، ولا يقبل قول المعزول فيه لما غير مرة إلا أن يعترف ذواليد أن المعزول سلمها إليه فيقبل فيها قول المعزول ، لأنه بإقرار ذواليد ثبت أن اليد كانت للمعزول فيصح إقرار المعزول به كأنه بيده للحال) ولو كان بيده عيانا صح إقراره به ، فكذا إذا كان بيد مودعه لأن يد المودع كيد المودع (إلا إذا بدأ ذواليد بالإقرار لغيره ثم أقر للقاضي فإنه يسلم إلى المقر له الأول لسبق حقه ثم يضمن قيمته للقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له من جهة القاضي) والحاصل أن هذه المسئلة على

(قوله فإن الحق للغائب ثابت بيقين) أقول : لإطلاق اليمينين على ما ثبت نظرا إلى الظاهر ليس على الحقيقة كما لا يخفى (قوله ثم يضمن قيمته) لقاضي بإقراره الثاني ويسلم إلى المقر له) أقول : يعني ويسلم القيمة .

أن يقول سلمها إلى "ولا أدري لمن هي ، أو يقول سلمها إلى" وقال هي لفلان بن فلان وهو الذي أقر له القاضى المعزول : فبني هذين يقبل قول المعزول فيما لأنه يثبت بإقراره من في يده أن اليد فيها كانت للقاضى فيقبل لإقرار القاضى فيها كما لو كانت في يده حال إقراره ، أو يقول دفعه إلى القاضى المعزول وهو لفلان ، وقال المعزول بل لفلان رجل آخر فالقول ما قال المعزول ، ويدفع لمن أقر به له لأنه أقر باليد للقاضى فصار كأن المال في يده فأقر به لو ائحد وأقر به هذا الرجل لآخر وفيه يكون القول قول القاضى فلكذا هذا أو بدأ بالإقرار لفلان فقال هو لفلان ابن فلان ثم قال دفعه إلى القاضى فى هذا يؤمر بالتسليم إلى من أقر له الأمين ، ويضمن مثله إن كان مثاليا أو قيمته للمعزول فيدفعه المعزول إلى من أقر له به لأنه لما بدأ بالإقرار صح إقراره ولزم لأنه أقر بما هو فى يده ، فلما قال دفعه إلى القاضى فقد أقر أن اليد كانت للقاضى والقاضى يقر به لغير من أقر هو به له فيصير هو متلفا لذلك على من أقر له القاضى بإقراره لغيره فيضمنه . وهذا ولما لو شهد قوم أنهم سمعوا القاضى الأول يقول استودعت فلانا مال فلان اليتيم وجحد من في يده أو شهدوا على بيعه مال فلان اليتيم فإنه يقبل ويؤخذ المال لمن ذكره ، وكذا لو مات الأول واستغضى غيره فشهد بذلك .

[فرع يناسب هذا] لو شهد شاهدان أن القاضى قضى لفلان على فلان بكذا أو قال القاضى لم أقض بشيء

خمس أوجه : وذلك لأن من بيده المال إما أن يقر بشيء مما أقر به المعزول أو يحد كله ، فإن كان الثانى فالقول قوله ، ولا يجب بقول المعزول عليه شيء ، وإن كان الأول فلما أن يقول دفعه القاضى إلى "وهو لفلان بن فلان من أقر له القاضى وهو المذكور فى الكتاب أولا بتعليقه وإما أن يقول دفعه القاضى إلى "ولا أدري لمن هو وحكمه كحكم المذكور فى الكتاب والتعاليى التعاليى ، وإما أن يقول دفعه إلى القاضى المعزول وهو لفلان غير من أقر له القاضى وحكمه ما تقدم ، لأنه لما بدأ باللفخ من القاضى فقد أقر باليد له فصار كأن المال فى يده لما مر ، ثم أقر أنه لفلان وهو لا يصح ، وإما أن يقول هو لفلان غير من أقر له القاضى ودفعه إلى القاضى وهو المذكور فى الكتاب آخرى وحكمه أن المال يسلم إلى المقر له أولا لسبق حقه ثم يضمن مثله للقاضى بإقراره الثانى ويسلم إلى المقر له من جهة القاضى إن كان مثاليا وقيمته إن كان قيميا ، وهذا لأن إقراره الأول لما صح وجب تسليم المال إلى المقر له ، وإذا قال بعد ذلك دفعه إلى القاضى وهو يقول لفلان آخر فقد أقر أن اليد كانت للقاضى ، وإقراره لغير من أقر له القاضى أثلف المال على من أقر له القاضى فكان ضمانا للمثل أو القيمة . كذا نقل صاحب النهاية وغيره عن الصدر الشهيد وغيره . وفيه نظر لأن الإقرار الأول إما أن يبطل ما بعده أولا ، وعلى كل واحد من التقديرين يلزم التسوية بين ما بدأ بخواليد باللفخ من القاضى وبين ما بدأ بالإقرار لغير لشئ من الضمان أو لشئ من العدم ، ولم أر أحدا ذكر الضمان للمقر له ثانيا فى الوجه الرابع . ويمكن أن يجاب عنه بأن الإقرار الأول إن كان باليد يختار إبطال ما بعده وإلا فلا ، وذلك لأن الإقرار بمن لا يلد له لصدره عن الأجبنى عن المقر به فاسد ، فإذا أقر باليد الشخص ثم أقر بعده بالملك لغيره بطل إقراره الثانى لصدره عن لا يملكه وإذا أقر بالملك لغيره بما فى يده صح إقراره ثم بالإقرار باليد لغيره يريد أن يبطل الأول وليس له ذلك لكونه إقرارا فى حق غيره ولكنه يسمع فى حق المودع لكونه

(قوله وهو المذكور فى الكتاب أولا الخ) أقول : فيه ثلث ، فإن المذكور فى الكتاب أولا لا اختصاص له بما ذكره بل يعم السورتين الأخيتين أيضا .

قال (ويحلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد) كى لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين ، والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر . وقال الشافعى رحمه الله : يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والخاص وهي ممنوعة عن دخوله . ولنا قوله عليه الصلاة والسلام « إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم . وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه » وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ، ولأن القضاء عبادة فيجوز إقامتها في المسجد كالصلاة .

لا يجوز شهادتهما عندهما . ويعتبر قول القاضي ، وعند محمد تقبل وينفذ ذلك (قوله) ويحلس للحكم جلوسا ظاهرا كى لا يشبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين) وفي الخلاصة : ولا يتعب نفسه في طول الجلوس ولكن يجلس في طرفي التار ، وكذا المفتى والفقهاء (والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر) ثم الذي تقام فيه الجماعات وإن لم تصل فيه الجمعة . قال فخر الإسلام : هذا إذا كان الجامع في وسط البلد ، أما إذا كان في طرف منها فلا لزوم لزيادة المشقة على أهل الشقة المقابلة له ، فالأولى أن يختار مسجدا في وسط البلد وفي السوق ، ويجوز أن يحكم في بيته وحيث كان إلا أن الأولى ما ذكرنا ، وبقولنا قال أحمد ومالك في الصحيح عنه (وقال الشافعى : يكره الجلوس في المسجد للقضاء لأنه) أى القضاء (يحضره المشرك وهو نجس بالنص) قال تعالى - إنما المشركون نجس فلا يقربوا المساجد - (والخاص وهي ممنوعة عن دخوله) ولأن المساجد بنيت للصلاة والذكر ، والخصومات تقترن بالمعاصي كثيرا من البين والندوس والكذب في الدعاوى (ولنا) ما في الصحيحين من حديث النعمان بن حبيب سهل بن سعد ، وفيه « فلتأعنا في المسجد وأنا شاهد » ولا بد من كون أحدهما كاذبا حائثا في عيب نغوس ، وفي الصحيحين أيضا عن كعب بن مالك « أنه تقاضى ابن أبي حنيفة ديننا كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في بيته فخرج إليهما حتى كشف عفيف حجرته فتنادى : يا كعب ، فقال : لبيك يا رسول الله ، فأشار بيده أن ضع الشطر من دينك ، قال كعب : قد فعلت يا رسول الله ، قال : قم فاقضه » وأخرج الطبراني مستندا إلى ابن عباس قال « بينما رسول الله صلى الله عليه وسلم يجلسنا يوم الجمعة إذ أتى رجل فتخطى الناس حتى قرب إليه فقال : يا رسول الله أقم على الخلد ، فقال : اجلس ، ثم قام الثانية فقال : يا رسول الله أقم على الخلد ، فقال اجلس فجلس ثم قام الثالثة فقال يا رسول الله أقم على الخلد ، قال وما حلك ؟ قال : أتيت امرأة حرما ، فقال صلى الله عليه وسلم لعلى وابن عباس وزيد

إقرارا على نفسه بإتلاف حقه بإقراره لغيره في وقت يسمع منه ذلك ، والله أعلم . قال (ويحلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد الخ) الحاكم يجلس للقضاء جلوسا ظاهرا في المسجد كى لا يتستر مكانه عن الغرباء وبعض المقيمين ، وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال : والمسجد الجامع أولى لأنه أشهر وأرقى بالناس . قال الإمام علي بن أبي طالب : هذا إذا كان الجامع في وسط البلدة ، وأما إذا كان في طرف منها يختار مسجدا في وسطها كى لا يلتصق بعض الخصوم بزيادة مشقة بالذهاب إليها . وقال الشافعى رحمه الله : يكره الجلوس في المسجد لفصل الخصومة لأنه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى - إنما المشركون نجس - ويحضره الخاص وهي ممنوعة عن الدخول في المسجد . وفصل مالك بين ما كان الحاكم في المسجد فيقدم إليه الخصمان وبين الذهاب إليه لفصل الخصومة : ولم يكره الأول وكره الثاني . ولنا ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « إنما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم » وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة في معتكفه » وكذا الخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد

(قوله) وروى عن أبي حنيفة أنه قال المسجد الجامع أولى (أقول : يعنى إنه قال : والمسجد صفحا على الكلام السابق .

ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله، والحائض تحجر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت المحصورة في الدابة. ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها،

ابن حارثة وعثمان بن عفان رضي الله عنهم انطلقوا به فاجلدوه ولم يكن تزوج، فقيل يارسول الله ألا نجد التي خبث بها، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: من صاحبتك؟ قال: فلاتة فدعاها ثم سألها، فقالت: يارسول الله كذب علي والله إني لا أعرفه، فقال صلى الله عليه وسلم: من شاهدك؟ فقال: يارسول الله مالي شاهد، فأمر به فجلد حد الغربة ثمانين جلدة، وأما أن الخلفاء الراشدين كانوا يجلسون في المساجد لفصل المحصورات فنقل بالمعنى: يعني وقع منهم هذا. ولا يكاد يشك في أن عمر وعثمان رضي الله عنهما وقع لهما ذلك. ومن تتبع السير رأى من ذلك شيئا كثيرا. ففي البخاري: لأعن عمر عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم. وأسند الإمام أبو بكر الرازي إلى الحسن أنه رأى عثمان قضى في المسجد وذكر القصة في ذلك، فأقول إنه غريب مبنى على أن المراد رواية هذا اللفظ، وليس كذلك. وفي الطبقات لابن سعد بسنده إلى ربيعة بن أبي عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو بن حزم يقضى في المسجد عند القبر، وكان على القضاء بالمدينة في ولاية عمر ابن عبد العزيز وأسند إلى سعيد بن مسلم بن بابك. قال: رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضى في المسجد وكان قد ولي قضاء المدينة. وإلى محمد بن عمر قال: لما ولي أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم إمرة المدينة لعمر بن عبد العزيز ولي أبا طالة القضاء بها فكان يقضى في المسجد، قال: أبو طالة ثقة يروى عن أنس ابن مالك. وإلى إسماعيل بن أبي خالد قال: رأيت شريحا يقضى في المسجد، وإلى الأسود بن شيبان قال: رأيت الشعبي وهو يومئذ قاضي الكوفة يقضى في المسجد، وكل قضاء صدر من هؤلاء كان بين السلف مشهورا وفيهم الصحابة والتابعون ولم يروا نكاحه عن أحد. وأما الحديث الذي ذكره المصنف «إنما بنيت المساجد لذكر الله والحكم» فلم يعرف، وإنما أخرج مسلم حديث الأعرابي الذي قام ببول في المسجد فقال أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم «مه مه»، فقال صلى الله عليه وسلم: لا تتره وهدوه فتركوه حتى بال، ثم دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: إن هذه المساجد لا تصباح لشيء من هذا البول والقذر، وإنما هي لذكر الله تعالى والصلاة وقراءة القرآن، قال: وأمر رجلا من القوم فدعا بدلو من ماء فشنه عليه، وأما نجاسة المشرك في الاعتقاد على معنى التشييم والحائض تحجر بحالها فيخرج القاضي إليها القاضي أو يرسل نائبه (كما لو كانت الدعوى في دابة، ولو جلس في داره فحسب بشرط) أن يأذن للناس على العموم ولا يمنع أحدا من الناس لأن لكل أحد حقا في مجلسه، وعلى

لفصل المحصورات، ولأن القضاء بالحق من أشرف العبادات فيجوز في المسجد كالأصالة (قوله ونجاسة المشرك) جواب عن دليل الشافعي. وتقريره: نجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فإنه ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يزل الوفود في المسجد (فلا يمنع من دخوله) إذ لا يصيب الأرض منه شيء (والحائض تحجر بحالها فيخرج القاضي إليها أو إلى باب المسجد أو يبعث القاضي من يفصل بينها وبين خصمها كما إذا كانت المحصورة في الدابة. فإن قيل: يجوز أن تكون الحائض غير مسلمة لا تعتد حرمة الدخول في المسجد فتخير عن حالها. قلنا: الكفار ليسوا بمخاطبين بفروع الشرائع فلا بأس بدخولها (ولو جلس القاضي في داره لا بأس بذلك) قال الإمام فخر الإسلام: إذا كان داره في وسط البلدة كما تقدم في المسجد، فإذا جلس فيها يأذن للناس في الدخول إليها لأن

ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة . قال (ولا يقبل هدية إلا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته) لأن الأول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة ، وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه ، حتى لو كانت للقرىب خصومة لا يقبل هديته ، وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتحاماه

قياس ما ذكرنا في المسجد أن الأولى أن يكون في وسط البلد . وفي المبسوط : ولا يقضى وهو يمشي أو يسير على دابته لأنه إذ ذاك غير معتدل الحال ، ولما فيه من الاستخفاف بالقضاء ، ولأنه مشغول بما هو فيه ، ولا بأس بأن يتكئ لأنه نوع جلسة كالترج وغيره ، وطباع الناس في الجلوس مختلفة ، وينبغي أن لا يقضى وهو غضبان أو فرحان أو جائع أو عطشان أو معزوم أو ناعس أو في حال يرد شديد أو جراً وهو يدافع الأخبثين أو به حاجة إلى الجمع . والحاصل أنه لا يقضى حال شغل قلبه ، وأصله حديث « لا يقضى القاضي وهو غضبان » معلول به ولا ينبغي أن يتطوع بالصوم في اليوم الذي يريد الجلوس ولا يسمع من رجل حجتين فأكثر إلا أن يكون الناس قليلا ، ولا يقدم رجلا جاء الآخر قبله ، ولا يضرب في المسجد حدا ولا تزييرا (و) ينبغي أن (يجلس معه من كان يجالس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة) الرشوة أو الظلم . وروى أن عثمان رضي الله عنه ما كان يحكم حتى يحضر أربع من الصحابة ، ويستحب أن يحضر مجلسه جماعة من الفقهاء ويشاورهم ، وكان أبو بكر يحضر عمر وعثمان وعلياً حتى قال أحمد : يحضر مجلسه الفقهاء من كل مذهب ويشاورهم فيما يشكل عليه . وفي المبسوط : فإن دخله حصر في قعودهم عنده أو شغله عن شيء من أمور المسلمين جلس وحده ، فإن طباع الناس تختلف ، فمنهم من يمتنعهم حشمة الفقهاء من فصل القضاء . ومنهم من يزداد قوة على ذلك ، فإذا كان ممن يدخله حصر جلس وحده . وفي المبسوط ما حاصله أنه ينبغي للقاضي أن يعتزل للمقضى عليه ويبين له وجه قضائه ويبين له أنه فهم حقيقته ، ولكن الحكم في الشرع كذا يقضى القضاء عليه فلم يمكن غيره ليكون ذلك أدفع لشكايته للناس ، ونسبته إلى أنجار عليه . ومن يسمع بخل ، فربما تفسد العامة غرضه وهو يرى ، وإذا أمكن إقامة الحق مع عدم إظهار الصدور كان أولى (قوله ولا يقبل الهدية) الحاصل أن المهدي إما له خصومة أو لا ، فإن كانت لا يقبل منه وإن كان له عادة بمهاداته أو ذا رحم محرم ، وإن لم يكن خصومة فإن لم يكن له عادة بذلك قبل القضاء بسبب قرابة أو صداقة لا ينبغي أن يقبل ، وإن كان له عادة بذلك جاز بشرط أن لا يزيد على المقدار المعتاد قبل القضاء فإن زاد لا يقبل الزيادة . وذكر فخر الإسلام إلا أن يكون مال المهدي قد زاد فيقبل ماله إذا

لكل أحد حقاً في مجلسه (ويجلس معه من كان يجلس معه لو كان في المسجد) حتى يكون أبعد من التهمة (إذ في الجلوس وحده تهمة) الظلم وأخذ الرشوة . قال (ولا يقبل : هدية إلا من ذي رحم محرم منه النخ) الحاكم لا يقبل الهدية إلا من ذي رحم محرم له أو ممن جرت عادته بالمهاداة قبل القضاء . أما أنه لا يقبل الهدية فلائنه من جواب القضاء إذا لم يكن على صفة المستقي وهو حرام ، والأصل في ذلك ما روى البخاري بإسناده إلى عروة بن الزبير عن أبي حميد الساعدي « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلاً من الأزد يقال له ابن الأتية على الصدقة فلما قدم قال : هذا لكم وهذا أهدي لي ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فها جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أهله أم لا » واستعمل عمر رضي الله عنه أباهزيرة رضي الله عنه فقدم بمال فقال : من أين لك هذا ؟ فقال : تأنجت الخيول وتلاحقت الهدايا ، فقال : أي علو الله هلا فعلت في بيتك فتنظر أهلي إليك أم لا ؟

زاد في الهدية لا بأس بقبولها ، وهذا يقتضى أن لا يقبل الهدية من القريب إلا إذا كان له عادة بالمهاداة كغيره ، فإن لم يكن للقريب قبل القضاة عادة فأهدى بعد القضاء لا يقبل . وعبرة الهداية مع القلورى حيث قال : ولا يقبل الهدية إلا من ذى رحم محرم أو ممن له عادة قبل القضاء تنفيذ قبولها من القريب الذى ليس له عادة بالمهاداة قبل إذا لم تكن خصومة . والوجه هو ظاهر الآية . ثم صرح في مسئلة الدعوى عن شيخ الإسلام بأنه لا فرق بين القريب والبعيد في أنه لا يقبل هديته إلا إذا كان له عادة ، نعم يمكن أن يقال في القريب الذى ليس له عادة بمهاداة قبل القضاء إن كان ذلك لقرئهم أسير بعد ذلك بعد ولاية قريه فصار يهدى إليه جاز لأن الظاهر أن المانع ما كان إلا الفقر ، وهذا على شبه قول فخر الإسلام في الزيادة : إذا كثر ماله . ثم إذا أخذ الهدية في موضع لإباح أخذها قبل يضعها في بيت المال لأنها بسبب عمله وعامتهم على أنه يردها على أربابها إن عرفهم ، وإليه أشار في السير الكبير ، وإن لم يعرفهم أو كانوا بعيدا حتى تعذر الرد ففي بيت المال ويكون حكمها حكم القطعة ، فإن جاء المالك يوما يعطاها ، وكل من عمل للمسلمين عملا حكمه في الهدية حكم القاضي . وفي شرح الأقطع : الفرق بين الرشوة والهدية أن الرشوة يعطيه بشرط أن يعينه ، والهدية لا شرط معها انتهى . والأصل في ذلك ما في البخارى عن أبي حنيد الساعدي قال : « استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن التثبية على الصدقة ، فلما قدم قال : هذا لكم وهذا لي ، قال عليه الصلاة والسلام : هلا جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أبيهدهى له أم لا ؟ قال عمر بن عبد العزيز : كانت الهدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة ، ذكره البخارى . واستعمل عمر رضى الله عنه أباهريه فقدم بمال فقال له : من أين لك هذا ؟ قال : تلاحقت الهدايا ، فقال له عمر رضى الله عنه : أى عدو الله هلاقت في بيتك فنظر أبيهدهى لك أم لا ، فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال وتعليل النبي صلى الله عليه وسلم دليل على تحريم الهدية التي سببها الولاية ، ولهذا لو زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة كره جندا ، وعند الشافعى هو محرم كالرشوة . وهذا ويجب أن يكون هدية المستقرض للمقرض كالمدينة للقاضي إن كان المستقرض له عادة قبل استقرضه فأهدى إلى المقرض فلمقرض أن يقبل منه قدر ما كان يهديه

فأخذ ذلك منه وجعله في بيت المال ، فعرفنا أن قبول الهدية من الرشوة إذا كان بهذه الصفة ، وأما القبول من ذي رحم محرم ولا خصومة له فإنه من جوارب القرابة ، وهو مندوب إلى صلة الرحم وفي الردّ معنى القطيعة وهو حرام . ولغظ الكتاب أعم من أن يكون بينهما مهادة قبل القضاء وأن لا يكون . وعبرة النهاية تدل على أن المهادة بينهما قبل القضاء شرط قبولها كالأجنبي ، وأما القبول ممن جرت عاداته قبل القضاء بمهادته ولم يزد فإنه ليس بأكل على القضاء بل هو جرى على العادة حيث لم يزد على المعتاد وليس له خصومة . والحاصل أن الهدى للقاضي إما أن يكون ذا خصومة أولا ، والأول لا يجوز قبول هديته مطلقا : أي سواء كان قريبا أو مهاديا قبل القضاء أو لم يكن . والثاني إما أن يكون قريبا أو ممن جرت له العادة بذلك أو لا ، والثاني كذلك لأنه أكل بالقضاء فيتحاماه ، والأول يجوز قبوله إن لم يزد من له العادة على المعتاد . وقال الإمام فخر الإسلام : إن زاد على المعتاد عندما ازداد مالا بقدر مازاد في المال لا بأس بقبوله ، ثم إن أخذ القاضي ماليس له أخذه ماذا يصنع به ؟ اختلف المشايخ فبعضهم قالوا : يضع في بيت المال ، وعامتهم قالوا : يردّها على أربابها إن عرفهم ، وإليه أشار في السير الكبير وإن لم يعرفهم أو يعرفهم إلا أن الردّ يتغلر لبعدهم يضعها في بيت المال ، وحكمه حكم النقطة ، وإنما يضعها في بيت

ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيهم بالإجابة، بخلاف العامة، ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما: وعن محمد رحمه الله أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالحدية، والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها. قال (ويشهد الجنائز ويعود المريض) لأن ذلك من حقوق المسلمين، قال عليه

بلا زيادة (قوله ولا يحضر دعوة إلا إذا كانت عامة) يعني ولا خصومة لصاحب الولية العامة (ويدخل في هذا الجواب قريبه) فلا يجيب دعوته إلا إذا كانت عامة ولا خصومة له (وعن محمد يجيب قريبه وإن كانت خاصة) هكذا حكى الخلاف الطحاوي. وقال الخصاص: يجيب الخاصة لقريبه بخلاف لصلة الرحم، وعلى تقدير الخلاف طوب بالفرق في القريب بين الهدية، قال: يقبل منطلقاً، ولم يفصل بين جرى العادة وغيره، وفي الدعوة فصل بين العامة والخاصة كما ذكر في المتن. قال شيخ الإسلام: قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما إذا كان الحرم لم يمر بينهما الدعوة والمهاداة وصلة القرابة وأحدث بعد القضاء ذلك فإذا كانت الحالة هذه فهو والأجنبي سواء. وما في الهدية محمول على أنه كان جرى بينهما المهاداة وصلة القرابة قبل القضاء، فإذا أهدى بعد القضاء لأبأس بقوله انتهى. فقد آل الحال إلى أنه لافرق بين القريب والغريب في الهدية والضيافة سوى ذلك لإمكان الذي قدمناه: واختلف في الخاصة والعامة فقيل مادون العشرة خاصة والعشرة وما فوقها عامة. وقال المصنف (الخاصة) هي (التي لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها) والعامة هي التي يتخذها حضرها القاضي أو لا. وعندى أن ما حكى عن القاضي أبي علي النسفي وهو أن العامة دعوة العرس والختان وما سواهما خاصة حسن فإن الغالب هو كون الدعوة العامة هاتين، وبما مضى عمر ولم يعرف من اصطنع طعاماً علماً ابتداء لعامة الناس بل ليس إلا هاتين الخصلتين أو لخصوص من الناس ولأنه أضبط، فإن معرفة كون الرجل لو لم يحضر القاضي لم يصنع أو يصنع غير محقق فإنه أمر مجنون وإن كان عليه لوائح ليس كضبط هذا، ويمكن عادة الناس في ذلك وعادة الناس هي ما ذكر النسفي، والله أعلم. وعند الشافعي وأحمد: يحضر الولائم مطلقاً لأنه صلى الله عليه وسلم كان يحضر وهو الذي كان يقضى. قلنا كان صلى الله عليه وسلم معلوم العصمة عند الكل لا يضره حضور ولا قبول هدية فلقد أبعدت (قوله ويشهد الجنائز ويعود المريض) المراد مريض لا خصومة له ولا

المال لأنه إنما أهدى إليه لعمله وهو في هذا العمل نائب عن المسلمين فكانت الهدايا من حيث المعنى لم (ولا يحضر القاضي دعوة إلا أن تكون عامة) قيل وهي ما تكون فوق العشرة وما دونه خاصة، وقيل دعوة العرس والختان عامة وما سوى ذلك خاصة، وذكر المصنف أن الدعوة الخاصة هي ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله، وإطلاق لفظ القدوري لا يفصل بين القريب وغيره، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله. وقال محمد رحمه الله: إنه يجيب دعوة القريب وإن كانت خاصة كالحدية، وقيل في الفرق لهما بين الضيافة والهدية حيث جوزوا قبول هدية ذي الرحم المحرم ولم يجوزوا حضور دعوته أن ما قالوا في الضيافة محمول على قريب لم يكن بينهما دعوة ولا مهاداة قبل القضاء وإنما أحدث بعده، وما ذكرنا في الهدية محمول على ما إذا كان بينهما مهاداة قبل القضاء صلة للرحم. وذكر صدر الإسلام أبو اليسر: إذا كانت الدعوة عامة والمضيف خصم ينبغي أن لا يجيب القاضي دعوته، وإن كانت عامة لأنه يؤدي إلى إبداء الخصم الآخر أو إلى التهمة. قال (ويشهد الجنائز ويعود المريض النخ) الحاكم يشهد الجنائز ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم: قال صلى الله عليه وسلم «للمسلم على المسلم ستة حقوق» روى أبو أيوب رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «للمسلم على المسلم ست خصال واجبة، إن ترك شيئاً منها فقد ترك حقاً» (٣٥ - فتح البير - ص ٢٠)

الصلوة والسلام ، للمسلم على المسلم ستة حقوق ، وعدّ منها هذين (ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ، ولأن فيه تهمة . قال (وإذا حضر أسوى بينهما في الجلوس والإقبال)

لا يعود ، وإنما وجب ذلك لما روى مسلم عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « حتى المسلم على المسلم خمس : ردّ السلام ، وتشميت العاطس ، وإجابة الدعوة ، وعيادة المريض ، واتباع الجنائز ، وإذا استنصحك فانصح له » فهذه هي السادسة . ورواه ابن حبان وقال فيه : وإذا عطس فحمد الله يشتمه . وروى البخاري في كتابه المفراد في الأدب من حديث عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الإفريقي قال : كنا غزاة في البحر زمن معاوية ، فانضم مركبنا إلى مركب أبي أيوب الأنصاري ، فلما حضر غداؤنا أرسلنا إليه فأتانا وقال : دعوتوني وأنا صائم فلم يكن لي يد من أن أجيبكم لأنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إن للمسلم على أخيه ست خصال واجبة ، إن ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه لأخيه : يسلم عليه إذا لقيه ، ويحييه إذا دعاه ، ويشتمه إذا عطس ، ويعوده إذا مرض ، ويحضره إذا مات ، وينصحه إذا استنصحه » ولا بد من حمل الوجوب فيه على الأعم من الوجوب في اصطلاح الفقه الحادث ، فإن ظاهره وجوب الابتداء بالسلام ، وكون الوجوب وجوب عين في الجنائز فالمراد به أمر ثابت عليه أعم من كونه ندبا أو وجوبا بالاصطلاح (قوله ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه) الآخر : لما روى إسماعيل بن راهويه في مسنده عن الحسن قال « جاء رجل فزّل على علي رضي الله عنه فأضافه ، فلما قال إني أريد أن أخاصم ، قال له علي رضي الله عنه : تحول فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه » . وكذا رواه عبد الرزاق ثم الدارقطني (ولأن فيه تهمة) المبل (قوله وإذا حضرا سوّى بينهما في الجلوس والإقبال) لما روى إسماعيل بن راهويه في مسنده : أخبرنا بقيق بن الوليد عن إسماعيل بن عياش ، حدثني أبو بكر التميمي عن عطاء بن يسار عن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليؤد بينهما في المجلس والإشارة والنظر ، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين أكثر من الآخر » وأخرجه الدارقطني في سننه عن عباد بن كثير عن عبيد الله عن عطاء بن يسار عن أم سلمة عن النبي صلى الله عليه وسلم « من ابتلى بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لحظه وإشارته ومقعدته » وروى عن عمر رضي الله عنه أنه كتب إلى أبي موسى عبد الله بن قيس الأشعري أن : أس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك

واجبا عليه : إذا دعاه أن يحييه ، وإذا مرض أن يعوده ، وإذا مات أن يحضره ، وإذا لقيه أن يسلم عليه ، وإذا استنصحه أن ينصحه ، وإذا عطس أن يشتمه » كذا في تنبيه الغافلين (ولا يضيف أحد الخصمين لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك) روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نضيف الخصم إلا أن يكون خصمه معه » (ولأن الضيافة والخلوة تورث التهمة) قال (وإذا حضرا سوّى بينهما الخ) إذا حضر الخصمان بين يدي القاضي فإن كان أحدهما من ولاء والآخر فقيرا أو كانا أبا وابنا سوّى بينهما في المجلس فيجلسان بين يديه على الأرض ، لأنه لو جلسهما في جانب واحد كان أحدهما أقرب إلى القاضي فتغوت التسوية ، ولو جلس أحدهما عن يمينه والآخر عن يساره فكنكلك لفضل اليمين ، وإن خاصم رجل السلطان إلى القاضي فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه والخصم على الأرض يقوم القاضي من مكانه ويجلس الخصم فيه ويقعد على الأرض ثم يقضى بينهما كي لا يكون مفضلا لأحد الخصمين على الآخر ، وقية دليل على أن القاضي يجوز له أن يحكم على من ولاء ، وكذلك يسوّى بينهما في الإقبال وهو التوجه والنظر . والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم

لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليست بيّنهم في المجلس والإشارة والنظر » (ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة) اللهم ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه (ولا يضحك في وجه أحدهما) لأنه يجترئ على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم) لأنه يذهب بمهابة القضاء .

حتى لا يطعم شريف في حيفك ولا يئس ضعيف من عدلك . (ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة اللهم ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لأنه يجترئ بذلك على خصمه ، ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء) والمستحب باتفاق أهل العلم أن يجلسا بين يديه ، ولا يجلس واحدا عن يمينه والآخر عن يساره لأن لليمين فضلا ، ولذا كان صلى الله عليه وسلم يخص به أبا بكر دون عمر . وفي أبي داود أن عبد الله بن الزبير خصمه عمرو بن الزبير إلى سعيد بن العاص وهو على السرير قد أجلس عمرو ابن الزبير على السرير ، فلما جاء عبد الله بن الزبير وسع له سعيد من شقه الآخر فقال هنا ، فقال عبد الله : الأرض الأرض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو قال : سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يجلس الخصيمان بين يدي القاضي . وفي النوازل والفتاوى الكبرى : خاصم السلطان مع رجل فجلس السلطان مع القاضي في مجلسه يبنى للقاضي أن يقوم من مقامه ويجلس خصم السلطان فيه ويقتد هو على الأرض ثم يقضى بينهما ، وهذه المسئلة يظهر أن القاضي يصلح قاضيا على السلطان الذي ولاه ، والدليل عليه قصة شريح مع علي فإنه قام فأجلس عليا رضي الله عنه مجلسه ، ويبنى للخصمين أن يجثوا بين يديه ولا يرتعان ولا يقعيان ، ولو فعلا ذلك منعهما القاضي تعظيما للحكم كما يجلس المعلم بين يدي المتعلم تعظيما له فيكون بعدهما عنه قدر ذراعين أو نحو ذلك من غير أن يرفعا أصواتهما ، ويستند القاضي ظهره إلى الخراب ، وهذا رسم زماننا . قالوا : وهو أحسن لأنه موافق لفعله صلى الله عليه وسلم . أما في زمن الخصاف وغيره فكان القاضي يجلس مستقبل القبلة وهو مستحب عند الأئمة الثلاثة ، ويقف أعوان القاضي بين يديه ليكون أهيأ ، وإذا حضرا فالقاضي بالخيار إن شاء ابتداء فقال مالكا وإن شاء تركهما حتى يتدافعا بالطق ، وبعض القضاة يختار السكوت ولا يكلمهما بشيء غير ما بينهما ، فإذا تكلم المدعى أسكت الآخر حتى يفهم حجته لأن في تكلمهما معا شغبا وقلة حشمة لمجلس القضاء ، ثم يستنطق الآخر وإن لم يسأل المدعى ذلك . وقيل لا إلا بعد سؤال المدعى بأن يقول المدعى لكني يشكر في الدعوى لتظهر له صحتها ، وإلا قال قم فصصح دعواك ، وإذا صححت الدعوى يقول فإذا تريد أن أصنع ، فإن قال أريد جوابه سأله . والأصح عندنا أنه يستنطقه ابتداء للعلم بالمقصود ، وإذا كانت الخصومة بين النساء والرجال فلا بد من تعلمهن معهن ، واختار محمد أن يقدم الدعوى الأول فالأول ، ويضع على ذلك أمينا لا يرتشي يعرفه السابق ، وليكر على باب القاضي ولا يكون عنده طمع ، ولو أشكل السابق يقرع بينهم ولا يستعجل على الخصوم بل يتمهل معهم فإن بالعجلة تنقطع الحجة ويذل عنها ، ولهذا لا يخوفهم فيكون مهيبا لا تخافه الناس . وأنكر الأئمة ما رأوا

« إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليست بيّنهم في المجلس والإشارة والنظر » قال (ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه) لا يكلم القاضي أحد الخصمين سرا ولا يشير إليه لايديه ولا برأسه ولا بجانبه (ولا يلقنه حجة ولا يضحك في وجهه لأن في ذلك كله تهمة) وعليه الاحتراز عنها (ولأن فيه كسر القلب الآخر فينحى عن طلب حقه فيتركه) وفيه اجترأ من فعل فعل به ذلك على خصمه (ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لأنه يذهب بمهابة القضاء) ويبنى أن يقيم بين يديه رجلا يمنع الناس عن التقدم بين يديه في غير وقته ومنعهم عن إساءة الأدب ، ويقال له صاحب المجلس والشرط والعريف والجواز من الجلوس وهي المنع ، ويكون معه موطأ يجلس الخصمين بمقدار ذراعين من القاضي

قال (ويكره تلقين الشاهد) ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا ، وهذا لأنه إغانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم . واستحسنه أبو يوسف رحمه الله في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحق بمنزلة الإشخاص والتكفيل .

من أخذ يواب القاضي شيئا لمكانته من الدخول وهو يعلم . قالوا : هذا فساد عظيم ليس لأحد أن يمنع أحدا من التقدم إلى باب القاضي في حاجة ، ولما أخذ على ذلك رشوة محرمة ، وعلى هذا يقاس حال الذي يسمى في زماننا ققيب القاضي . قيل : وينبغي أن يقوم بين يديه إذا جلس للحكم رجل يمنع الناس من التقدم إليه معه سوط يقال له الجلواز ، وصاحب المجلس يقيم الخصوم بين يديه على البعد والشهود بقرب من القاضي ، واعلم أن القيام بين يدي القاضي للخصومة لم يكن معروفا ، بل أن يجلسهما على ماذكرنا فهذه أيضا من المحدثات لما فيه من الحاجة إليه . وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان إذا سافر استصحب رجلا سيء الأدب ، ققيب له في ذلك فقال : أما علمت أن الشر بالشرا يدفع . والمقصود أن الناس يختلفو الأحوال والأدب ، وقد حدث في هذا الزمان أمور وسفهاء فيعمل بمقتضى الحال . وإذا به الخير لاحتمة النفس المؤدى إلى الإعجاب ولا حول ولا قوة إلا بالله . ويستحب أن يكون فيه عتبة بلا غضب ، وأن يلزم التواضع من غير وهن ولا ضعف ، ولا يترك شيئا من الحق ، ويتخذ كاتباً أميناً صالحاً يكتب المحاضر والسجلات عارفاً بها كى لا يقع السجل فاسداً بالإخلال ببعض الشروط كما هو مذكور في كتاب السجلات والمحاضر ، ويقعده حيث يرى ما يكتب ويكتب خصومة كل منهما وشهادة شهودهما في صحيفة وهي المحضر في عرف الفقهاء ، بخلاف عرف العادة اليوم بمصر (قوله ويكره تلقين الشاهد) وهو أن يقول له القاضي كلاماً يستنيد به الشاهد علماً ، عليه الأئمة الثلاثة . وعن أبي يوسف وهو وجه للشافعي لا بأس به لمن استولته الخيرة أو الملية فترك شيئا من شرائط الشهادة فيعينه بقوله أتشهد بكذا وكذا بشرط كونه (في غير موضع التهمة) أما فيها بأن ادعى المدعى ألفاً وخمسةائة والمدعى عليه ينكر الخمسةائة وشهد الشاهد بألف فيقول القاضي يحتمل أنه أبرأه من الخمسةائة واستفاد الشاهد بذلك علماً فوفق به في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق كما في تلقين أحد الخصمين . وفي المبسوط : ما قاله عزيمة لأن القاضي منهى عن اكتساب ما يجر إليه تهمة الميل وتلقين الشاهد لا يخلو منه . وقول أبي يوسف رخصة ، فإنه لما ابتلى بالقضاء شاهد الحصر عند أداء الشهادة لأن مجلس القضاء مهاب فيضيق الحق إذا لم يعنه على أداء الشهادة ، ويحصر مضارع حصر من باب علم إذا امتنع عليه

ويمنع من رفع الصوت في المجلس . قال (ويكره تلقين الشاهد الخ) تلقين الشاهد وهو أن يقول القاضي ما يستفيد به الشاهد علماً بما يتعلق بالشهادة مثل أن يقول أتشهد بكذا وكذا ، ونكروه لأنه إغانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم ، وهو قول أبي يوسف الأول ، ثم رجع واستحسن التلقين رخصة في غير موضع التهمة لأن القضاء مشروع لإحياء حقوق الناس ، وقد يحصر الشاهد عن البيان لمهابة مجلس القاضي فكان في التلقين إحياء الحقوق بمنزلة الإشخاص والتكفيل ، وأما في موضع التهمة مثل أن ادعى المدعى ألفاً وخمسةائة والمدعى عليه ينكر خمسمائة وشهد الشاهدان بألف فالقاضي إن قال يحتمل أنه أبرأه من الخمسةائة واستفاد الشاهد علماً بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي فهذا لا يجوز بالاتفاق . وتأخير قول أبي يوسف يشير إلى اختيار المصنف رحمه الله والإشخاص هو إرسال الرجل لإحضار الخصم .

(قوله تلقين الشاهد إلى قوله مكروه لأنه إغانة الخ) أقول : تلقين الشاهد مبتدأ وقوله مكروه غيره .

(فصل في الحبس)

وضاق صدره به ، وتقدمت هذه اللفظة في كتاب الصلاة ، وأيضا أمرا بإكرام الشهد فلان الله يحبي بهم الحقوق ، وهذا التلقين إعانة وإكرام حيث لا يفسد إليه القصور . وقوله بمنزلة الأشخاص هو إرسال شخص لآتي بخصمه ، يقال شخص من بلد إلى بلد إذا ذهب من حد منع . قيل وتأخير قول أبي يوسف وتسميته بالاستحسان دليل على أنه مختار المصنف ، وهذا بناء على أن قوله استحسنه معناه له دليل الاستحسان الاصطلاحي ، وتد لا يلزم ويمكن كونه آخر دليله في ذلك . وفي فتاوى قاضيه خان : لا ينبغي للقاضي أن يبيع ويشترى بنفسه بل يقوض ذلك إلى غيره ، وبه قالت الأئمة الثلاثة . وعن أحمد يتخذ وكلا لا يعرف أنه وكيل القاضي نحرزا عن المحابة . وشرط شريع على عمر حين ولاه أن لا يبيع ولا يشتري ولا أرتشى . وقال بعض أشياخ المالكية : ينبغي للقاضي أن يرتفع عن طلب العواري من الماعون والديابة وما أشبه ذلك . وعن محمد : لا بأس أن يبيع ويشترى في غير مجلس القضاء ، وينبغي للمخضوم إذا وصلوا أن لا يسلموا على القاضي ، فإذا سلموا لا يجب على القاضي رد سلامهم ، فإن ردّ يقتصر على قوله وعليكم ويخرج في أحسن ثيابه ، والله الموفق .

(فصل في الحبس)

أحكام القضاء كثيرة فذكر منها ما ذكر ، ومنها الحبس ، إلا أنه اختص بأحكام كثيرة فأفرده بفصل على حدته . والحبس مشروع بالكتاب لأنه المراد بالنفي المذكور بقوله تعالى - أو يفخوا من الأرض - وبالسنة على ما سلف ، وأنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة . وذكر الخصاص : أن ناسا من أهل الحجاز اقتتلوا فقتلوا بينهم قتيلًا ، فبعث إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حبسهم . ولم يكن في عهد صلى الله عليه وسلم وأبي بكر حين ، إنما كان يحبس في المجد أو الدهليز حتى يشتري عمر رضي الله عنه دارا بمكة بأربعة آلاف درهم واتخذ محبسا . وقيل بل لم يكن في زمن عمر ولا عثمان أيضا إلى زمن علي رضي الله عنه فبناه ، وهو أول سجن بني في الإسلام .

(فصل في الحبس)

لما كان الحبس من أحكام القضاء وتعلق به أحكام أفرد في فصل على حدة وهو مشروع بقوله تعالى - أو يفخوا من الأرض - فإن المارد به الحبس ، وبالسنة وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة . خلا أنه لم يكن في زمان النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم حين ، وكان يحبس في المسجد أو الدهليز حيث أمكن ، ولما كان زمن علي رضي الله عنه أحدث السجن بناء من قصب ومياه نافعا فتيقبه للصوم فبنى سبينا من مدر فسماه محبسا ، ولأن القاضي نصب لإيصال الحقوق إلى مستحقيها فإن امتنع المطلوب من أحله حتى الطالب لم يكن للقاضي بد من أن يجبره على الأداء ، ولا خلاف أن لا يجبر بالضرب

(فصل في الحبس)

(قوله وهو ما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا الخ) أقول : وقد مر ذلك من المصنف في أوائل كتاب المنود (قوله فسماه محبسا) أقول : حبس محبسا فقه تفتيش بالخاء المعجمة . قال في القاموس : محبس كظم الشيء . قال في النهاية : الحبس بالكسر : أي المذل من التفتيش وهو التخليل ، وروى يفتح الياء وهو موضع التفتيش ، وهو الذي اختاره في المقرب .

قال (وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه) لأن الحبس جزء الماطلة فلا بد من ظهورها ، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه ماطلا في أول الوهلة فله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال ، فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ، أما إذا ثبت بالبيئة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره .

قال في الفائق : إن عليا بنى سبينا من قصب فسماه نافعا ، فتقبه اللصوص وتسبب الناس منه ، ثم بنى سبينا من مدر فسماه نحيسا ، وفي ذلك يقول علي رضي الله عنه :

الآناني كيسا مكيسا • بنيت بعد نافع نحيسا • بابا حصينا وأمينا كيسا

والنحيس موضع التخيس وهو التليل ، والكيس حسن الثاني في الأمور ، والمكيس المنسوب إلى الكيس ، وأراد بالأمين السجان الذي نصبه فيه ، والمحبوس في الدين لا يخرج لصوم رمضان ولا لعيد ولا لجمعة ولا لصلاة جماعة ولا لحج فريضة ولا لحضور جنازة بعض أهله ولو أعطى كفيلا بنفسه لأنه شرع ليضجر قابله فيسارع للقضاء ، ولهذا قالوا : ينبغي أن يكون موضعا خشنا ولا ييسر له فرأش ولا وطاء ولا يدخل له أحد يستأنس به ، وقيل يخرج بكفيل لجنازة الوالدين والأجداد والجدات والأولاد ، وفي غريمه لا وعليه الفتوى . وفيه نظر لأنه لإبطال حق أدى بلا موجب وموت الأب ونحوه غير مبطل بنفسه . نعم إذا لم يكن له من يقوم بحقوق دينه فعل ذلك . وسئل محمد عما إذا مات والده أخرج فقال لا . ولو مرض في السجن فأقضناه ، إن كان له خادم لا يخرج حتى يموت ، وإن لم يكن له خادم يخرج لأنه قد يموت بسبب عدم المرض ، ولا يجوز أن يكون الدين مقضيا للتسبب في هلاكه ، وأو احتاج إلى الجماع تدخل زوجته أو جاريته فيطوؤها حيث لا يطلع عليه ، وقيل يمنع منه لأن الجماع ليس من الحوائج الأصلية ، ولا يمنع من دخول أهله وجيرانه للسلام عليه لأنه قد يقضي إلى المقصود من الإفتاء بمشورتهم ورأيهم ويمنعون من طول المكث . والمال غير مقدر في الحبس ، فيحبس في الدرهم وما دونه لأن ظلمه يتحقق بمنع ذلك (قراه وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحبه حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه ، لأن الحبس جزء الماطلة) بقوله صلى الله عليه وسلم « لى الواجد يحل عرضه وعقوبته » رواه أبو داود ، وفسر عبد الله بن المبارك إحلال عرضه بإغلاظ القول له وعقوبته بالحبس (فلا بد من ظهور الماطلة) ولم تظهر بمجرد ثبوت الحق بالإقرار (إذ لعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال) وإنما يظهر إذا أمره بعد إقراره فامتنع (أما إذا ظهر بالبيئة فيحبسه كما ظهر لظهور الماطلة بإنكاره) . وفي الفوائد الظهيرية :

فيكون بالحبس أولى . قال (وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه الخ) إذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه فلا يحل إما أن يثبت بالإقرار أو بالبيئة ، فإن كان الأول لم يعجل بالحبس وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزء الماطلة فلا بد من ظهورها ، وإذا ثبت الحق بإقراره لم يظهر كونه ماطلا في أول الأمر لأن من حججه أن يقول ظننت أنك تمهلني فلم أستصحب المال فإن أبيت أولئك حقت . فإن امتنع بعد ذلك فقد ظهر مطله فيحبس ، وإن كان الثاني حبسه كما سبق لظهور الماطلة بإنكاره . وروى عن شمس الأئمة السرخسي رحمه الله عكس ذلك . ووجهه أن الدين إذا ثبت بالبيئة كان له أن يعتذر ويقول ما علمت له ديننا على فإذا علمت الآن لا أتوانى في قضائه ، ولا يمكنه مثل هذا الاعتذار في فصل الإقرار ، والمال غير مقدر في حق الحبس يحبس في الدرهم وما دونه ، لأن مانع ذلك ظلم فيجأزى به ، والمحبوس في الدين لا يخرج

قال (فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة) لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به ، وإقدامه على التزمه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلزم إلا ما يقدر على أدائه ، والمراد بالمهر معجوله دون مؤجله . قال (ولا يحبس فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه الدين ، وعلى المدعى إثبات غناه ،

وعن شمس الأئمة السرخصى عكس هذا ، وهو أنه إذا ثبت بالبينه لا يحبس لأول وهلة لأنه يحترب أن يما كنت أعلم أن على دينه له بخلافه بالإقرار لأنه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه إلى شكواه ؛ وعلى قول الخصاف لا يحبس حتى يأمره في الإقرار والبينه (قوله فإن امتنع) أى بعد أمره بقضائه (حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده) كالمقرض وضمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا ثبت المال في يده ثبت غناه (به) والمراد بالغنى القدرة على الإيلاء ، والإفاد للدين قد يكون دون النصاب ويحبس به : يعنى إذا دخل المال في يده ثبت قدرته على إيفائه ، ومالم يكن بدل مال لكنه لزمه عن عقد التزمه كالمهر والكفالة لأن إقدامه على مباشرة ما يلزم ذلك للمال دليل القدرة عليه فيحبسه ، ولا يسمع قوله إني فقير لأنه كالتناقض لوجود دلالة اليسار (ولا يحبس فيما سوى هذين) النوعين (إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه) حينئذ (لأنه وجد دلالة اليسار)

لحيى رمضان والفطر والأضحى والجمعة وصلاة مكتوبة وحجة فريضة وحضور جنازة بعض أهله وموت والده وولده إذا كان ثمة من يمكنه ويغسله ، لأن حقوق الميت تصير مقامة بغيره ، وفي الخروج نفوت حق الطالب ، بخلاف ما إذا لم يكن ذلك لأنه لزم القيام بحق الوالدين ، وليس في هذا قدر من الخروج كثير ضرر للطالب ، وإن مرض وله خادم لا يخرج لأنه شرع ليضجر قلبه فيتسارع إلى قضاء الدين والمرض يزاد الضجر ، وإن لم يكن له خادم أخرجه لأنه إذا لم يكن له من يمرضه ربما يموت بسببه وهو ليس بمستحق عليه ، ولو احتاج إلى الجلساء دخلت عليه زوجته أو جاريته فيطوئهما حيث لا يطلع عليه أحد لأنه غير ممنوع عن قضاء شهوة البطن فكذا شهوة الفرج . وقيل الوطء ليس من أصول الحوائج فيجوز أن يمنع بخلاف الطعام ، ولا يمنع من دخول أهله ومجيرانه عليه ليشاورهم في قضاء الدين ويمنعون من طول المكث عنده . قال (فإن امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا النخ) فإن امتنع الغريم عن أداء ما عليه حبسه إذا طلب الخصم ذلك كما مروا يسأله عن غناه وقره فإن ادعى الإعسار وأنكره المدعى اختلف المشايخ في قبول دعواه ، فقال بعضهم : كل دين لزمه بعقد كالمهر والمهر والكفالة فالقول فيه قول المدعى ، وقد ذكر القلورى هذا القول بقوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كتمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة ، واستدل المصنف على ذلك بقوله لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وزواله عن الملك محتمل والثابت لا يترك المحتمل ، وبقوله وإقدامه على التزمه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلزم إلا بما يقدر على أدائه ، وهذا يوجب التسوية بين ما كان بدلا عن مال وبين مالم يكن ويخرج عنه مالم يكن ديناً مطلقا كالثقة وغيرها كما سنذكره ، والمراد بالمهر معجوله دون مؤجله لأن العادة جرت بتسليم المعجل فكان إقدامه على النكاح دليلا على قدرته . قال القلورى (ولا يحبس فيما سوى ذلك) يعنى ضمان القصب وأرث الجنائيات (إذا قال إني فقير) لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول المدعى عليه (إلا أن يثبت المدعى أن له مالا بيمينه فيحبسه . وروى الخصاف عن أصحابنا رحمهم الله أن القول قول المدعى عليه في جميع ذلك)

(قوله فقال بعضهم كل دين لزمه بعقد النخ) أقول : المقد قول يكون له حكم المستقبل فلا حقه فصوره الصالحى ظهرا قائل القلورى الماتزمه بعقد بما لزمه بدلا عن مال فأنال (قوله يعنى ضمان القصب) أقول : فيه أن ضمان القصب دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده فوجب فيه دليل اليسار فينبغى أن يكون القول قول المدعى كما سرح به في البائع . وجوابه أن وضع اللثة فيما إذا ثبت ملك المصوب أو ضمه مـ

ويروى أن القول لمن عليه الدين في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة . ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال : وفي الثقة القول قول الزوج إنه معسر ، وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق ،

أي قدرته على الدين المدعى به ، هكذا ذكر في الكتاب (ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك) أي فيما كان بدل مال أو لزمه بعقد أو حكما لفعله لا لعقد كالإتلاف وضمان القصب وهو قول الخصاف (لأن الأصل هو العسرة) في حق كل أحد لأنه خلق عديم المال ، ولهذا قال : إذا ثبت الحق فلا يحبس حتى يسأله لك مال أو لا ، فإن قال لا استخافه فإن نكل بحسه ، وإن حلف أطلقه إلا أن يقيم المدعى البينة على قدرته . وعندنا يحبس ولا يسأله ، فإن قال أنا فقير حينئذ ينظر (ويروى أن القول له) أي للمدينون (إلا فيما بدله مال) كالقرض وثن المبيع بخلاف المهر والكفالة فإن القول فيها قول المدعى . ونسب الخصاف هذا القول لأبي حنيفة وأبي يوسف ، ومن العلماء من قال : يحكم الزى إن كان بزى الفقراء فالقول قوله في الفقر إلا أن يثبت المدعى قدرته ، وإن كان بزى الأغنياء فالقول للمدعى إلا في الفقهاء ، والعلوية والعباسية لا يحكم الزى لأنهم يتكفلون في لباسهم مع فقرهم وحاجتهم ، وعلى هذا القول لو كان على المطلوب زى الفقراء فادعى المدعى أنه غير زيه وقد كان عليه زى الأغنياء قبل أن يحضر مجلس الحكم فإن القاضي يسأل المدعى البينة على ذلك ، فإن أقام البينة أنه كان عليه زى الأغنياء جعل القول قول المدعى ، فإن لم يقدر على البيان حكم زيه في الحال فيجعل القول قول المدينون ، وكلما تعارضت بينة اليسار . والإعصار قدمت بينة اليسار لأن معها زيادة علم ، اللهم إلا أن يدعى المدعى أنه موسر وهو يقول أعسرت بعد ذلك وأقام بينة بذلك فإنها تقدم لأن معها علما بأمر حادث وهو حدوث ذهاب المال . ثم ذكر المصنف مستلذين بمخوطتين نضا عن أحدهما بلا خلاف : إحداهما أن المرأة إذا ادعت أنه موسر لتأخذ نفقة اليسار وقال إنه معسر ليعطي نفقة الإعصار أن القول للزوج . والثانية أحد الشريكين إذا اعتق نصيبه وزعم أنه معسر فلا يضمن للساكت شيئا ولكن يستسعى العبد وقال شريكه بل موسر ليضمنه كان القول قول المعتق . قال المصنف

أي فيما كان بدلا عن مال وما لم يكن (لأن الأصل هو العسرة) إذ الأدى يولد ولا مال له ، والمدعى يدعى عارضا ، والقول قول من تمسك بالأصل حتى يظهر خلافه فكان القول قول المدينون مع يمينه (ويروى أن القول قوله إلا فيما بدله مال) وهو مروى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأنه عرف دخول شيء في ملكه وزواله محتمل فكان القول للمدعى ، وما لم يكن بدله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك فالقول فيه قول المدعى عليه لأنه لم يدخل في ملكه شيء ولم يعرف قدرته على القضاء فبقى متمسكا بالأصل وهو العسرة ، فذلك ثلاثة أقوال . وفي المسئلة قولان آخران : أحدهما أن كل ما كان سبيلا سبيل البر والصلة فالقول فيه قول المدعى عليه كما في نفقة المحارم . والآخر أن يحكم الزى إن كان زى الفقراء كان القول له ، وإن كان زى الأغنياء كان القول للمدعى إلا في أهل العلم والأشراف كالعلوية والعباسية فإنهم يتكفلون في الزى مع حاجتهم حتى لا يذهب ماء وجههم فلا يكون الزى فيهم دليل اليسار . وقوله (وفي الثقة) بيان لما هو المحفوظ من الرواية . ذكر في كتاب النكاح

معد القاضى وما في البدائع فيما إذا باعه لآخر مثلا (قوله والمدعى يدعى عارضا الخ) أقول : ولا يخفى أن العارض ثبت بدليه للمدعى ذكره المصنف آنفا والأصل إيقاظه حتى يظهر خلافه (قوله ولم يعرف قدرته على القضاء) أقول بل علم بإقامته على التزامه باختباره

والمسئلتان تؤيدان القولين الأخيرين ، والتخريج على ما قال في الكتاب أنه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق ، وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله ضمان الإعتاق ، ثم فيما كان القول

(والمسئلتان تؤيدان القولين الأخيرين) يعني قول القائل القول لمن عليه في جميع ذلك ، وقول القائل القول لمن عليه إلا فيما بدله مال . أما تأييدهما الأول فلائنه جعل القول قول الزوج والمعتق ، فلو كان الصحيح المذكور أو لا كان القول للمرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار ، وأما تأييدهما الثاني فلائنه لما لم يكن بدل المهر وبدل العتيق مالا لجعل القول قول من عليه ، فعلم بهذا أن الصحيح هو القولان الأخيران ، وكذا في النهاية . ومنهم من استروح في الأول فقال : أما تأييدهما لقول من قال القول له في جميع ذلك فظاهر ، وذكر في الثاني ما ذكر في النهاية . ولا يخفى أنهما ييطان القول المفصل في الكتاب بين كون الدين ملزما بمال أو بعقد ، فلا يكون القول للمطلوب وكونه بخلافهما فالقول للمطلوب ، فإن البذل فهما ملزم بعقد أو شبهه ، وهو الفعل الحسن الموضوع سببا : أعني العتيق ، ويؤيدان القول الأخير وهو أن القول للمدينين إلا فيما بدله مال فإن البذل في المسئلة ليس مالا ، ويجعل القول للمدينين تأييد القول بأن ما بدله ليس بمال يكون القول فيه للمطلوب وإن التزمه بعقد ، ثم هذه الثانية باعتبار صدقها مع جزء كل من القولين بمطابقة كل منهما يوم أنه يفيد الشمول وإلا فلم يلزم من كون القول للمطلوب فيما إذا التزم بعقد والبذل ليس بمال كونه القول له في جميع الدين ، فما في النهاية والدراية وغيرها من قوله بعد توجيه التأييد فكان الصحيح هما القولان تساهل ظاهر . وكيف يمكن أن يجمع بينهما في الصحة وهما متباينان ، فإن كون القول للمطلوب في الكل إذا كان هو الصحيح لا يكون المفصل بين كون بدل الدين مالا فالقول للمدعي ، أو غير مال فالقول للمطلوب صحيحا ، فالذي لاشبهة فيه إنما ييطان القول المذكور في الكتاب ليس غير . وأجاب المصنف عن الإبطال المذكور بأن دين النفقة وضمان العتيق ليس بدين مطلق بل هو صلة واجبة ولذا سقطت النفقة بالموت بالاتفاق ، وكذا ضمان الإعتاق عند أبي حنيفة ، وهذا معنى قوله (والتخريج على ما قال في الكتاب الخ) فلم يرد انقضا فیرجع قول الكتاب المفصل على قوته وثبوته (ثم فيما) إذا (كان القول

أن المرأة إذا ادعت على زوجها أنه موسر وادعت نفقة المورسين وادعى الزوج أنه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول قول الزوج . وفي كتاب العتاق أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيب من العبد وزعم أنه معسر كان القول قوله ، وهاتان مسئلتان محفوظتان تؤيدان القولين الأخيرين . أما تأييدهما للذي كان القول فيه لمن عليه في جميع ذلك فلائنه جعل القول قول الزوج والمولى مع أنهما باشرا عقد النكاح والإعتاق ، فلو كان الصحيح ما ذكر أولا كان القول قول المرأة والشريك الساكت في دعوى اليسار ، وأما تأييدهما للذي كان القول لمن عليه إلا فيما بدله مال فلائنه لما لم يكن بدل المهر وبدل ضمان الإعتاق مالا لجعل القول قول من عليه ، فعلم أن الصحيح هو القولان الأخيران . وقوله (والتخريج على ما قال في الكتاب) يعني القلودي جواب عن المسئلة نصرته للمذكور فيه ، وتقريره أنه : أي النفقة على تأويل الإفتاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة . ولهذا تسقط بالموت بالاتفاق ،

(قوله فلائنه جعل القول قول الزوج الخ) أقول : لا يخفى أن ما ذكره مخالفة منشؤها اشتراك لفظ اليسار واليسار بين المعنيين ، فإن المراد باليسار في قولهم وإقامته من التزامه باعتباره دليل يساره وهو القدرة على الإبقاء ولا كذلك في النفقة (قوله مع أنهما باشرا عقد النكاح والإعتاق) أقول : أدت غير بأن الالتزام في صورة الإعتاق موقوف على ثبوت يسار المعتق فلا يدل الإعتاق مجردا على الالتزام فلا تقضى (قوله بدل المهر) أقول : الظاهر أن يقول بدل النفقة (قوله فلم أن الصحيح هو القولان الأخيران) أقول : كيف يجهان على الصلة وهما متباينان إلا أن يقال : المراد أن الصحيح لايعدو ما لأن كلا منهما صحيح (قوله أي النفقة على تأويل الإفتاق ليس بدين مطلق بل فيه معنى الصلة) أقول : الإفتاق لا يكون ديناً فلا وجه لهذا التأويل ، والأسوب أن يقال على تأويل الدين وأن

قول المدعى إن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه بحبسه شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال ، وإنما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان يخفيه فلا بد من أن تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ، ويروى غير ذلك من التقدير بشهر أو أربعة إلى ستة أشهر . والصحيح أن التقدير مفوض إلى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه . قال (فإن لم يظهر له مال خلى سبيله) يعنى بعد مضي المدة لأنه استحق النظر إلى الميسرة فيكون حبسه بعد ذلك ظلما ؛

قول المدعى إن له مالا أو ثبت ذلك بالبينة بحبس (المديون) شهرين أو ثلاثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور الماطلة ثم إنما يحبس مدة ليظهر ماله (فيؤدى ماعليه) فلا بد أن تمتد تلك المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره (وهو شهران أو ثلاثة ، وهو رواية محمد عن أبى حنيفة في كتاب الحوالة والكفالة) (ويروى غير ذلك من التقدير بشهر) وهو اختيار الطحاوى لأن ما زاد على الشهر في حكم الآجل وما دون الشهر في حكم العاجل فصار أدنى الآجل شهرا والأقصى لأغاية له فيقدر بشهر . وروى (أو أربعة أشهر إلى ستة أشهر) وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة : أى ما بين أربعة أشهر إلى ستة أشهر رواية الحسن عن أبى حنيفة (قوله والصحيح الخ) ذكر هشام عن محمد نحوه وكذا الصلر الشهيد ، فالتقدير في هذا غير معتبر بل هو مفوض إلى رأى القاضى إذ المقصود بالحبس أن يضجر قلبه فيقضيه إن كان له مال ، وهذا يختلف باختلاف الناس إن غلب على ظن القاضى بعد مدة أنه لو كان له مال فخرج عن نفسه فيسأل عنه جيرانه وأهل الخبرة به ، فإن شهد شاهدان عنده أنه قادر على قضاء الدين أبد حبسه ، وإن

وقد تقدم أن الدين الصحيح هو مالا يسقط إلا بإبراء من له أو بإيفاء من عليه ، وكذا ضمان الإعاق عند أبى حنيفة رحمه الله ، وحينئذ لا يرد نقضا على ما في الكتاب وهو قوله حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال أو ألزمه بعقد ، لأن المراد بالدين هو المطلق منه إذا به يحصل الاستدلال على القدرة لأنه إذا علم أنه لا يحصل الخلاص منه في حياته وماتته من جهته إلا بالإيفاء وأقدم عليه دل على أنه قادر عليه ، ثم فيما كان القول فيه قول المدعى أن له مالا أو ثبت ذلك عليه بالبينة فيما إذا كان القول قول من عليه بحبسه الحاكم شهرين أو ثلاثة ثم يسأل جيرانه وأهل خبرته عن يساره وإعصاره . أما الحبس فلظهور ظلمه بالمطل في الحال ، وأما توقيته فلا لأنه لإظهار ماله إن كان يخفيه فلا بد من مدة ليفيد هذه الفائدة فقدر بما ذكر ، ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر وهو اختيار الطحاوى لأن ما حوته عجل والشهر آجل . قال شمس الأئمة الحلوانى : وهو أرفق الأقاويل في هذا الباب . وروى الحسن عن أبى حنيفة أربعة أشهر إلى ستة أشهر ، والصحيح أن شيئا من ذلك ليس بتقدير لازم ، بل هو مفوض إلى رأى القاضى لاختلاف أحوال الأشخاص فيه ، فمن الناس من يضجر في السجن في مدة قليلة ومنهم من لا يضجر كثير ضجر بمقدار تلك المدة التي يضجر الآخر ، فإن وقع في رأيه أن هذا الرجل يضجر بهذه المدة ويظهر المال إن كان له ولم يظهر سأل عن حاله بعد ذلك ، فإن سأل عنه فقامت بينة على عسرته أخرجه القاضى من الحبس ولا يحتاج إلى البينة إلى لفظة الشهادة والعهد ، بل إذا أخبر بذلك ثقة على بقوله ، والاثنان أحوط إذا لم يكن حال منازعة ، أما إذا كانت كما إذا ادعى المطلوب الإعسار والطلاب اليسار فلا بد من إقامة البينة ، فإن شهد شاهدان أنه معسر خلى سبيله ، وليس هذا شهادة على النفي لأن الإعسار بعد اليسار أمر حادث فتكون الشهادة بأمر حادث لا بالنفي ، وإن استحلف المطلوب الطالب على أنه لا يعرف أنه معسر حلفه القاضى . فإن نكل أطلقه وإن حلف أبد الحبس . وقال شيخ الإسلام : هذا السؤال من القاضى عن خال المديون بعد ما حبسه

يرجع التفسير إلى كل من التفتة وثمان الإعاق (قوله وقد تقدم أن الدين الصحيح الخ) أقول : في الكفالة (قوله ويروى غير التقدير بشهرين أو ثلاثة أشهر بشهر) أقول : قوله بشهر مطلق بقدر .

ولو قامت البينة على إفلاسه قبل المدة تقبل في رواية ، ولا تقبل في رواية ، وعلى الثانية عامة المشايخ رحمهم الله : قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه ، وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر

قالوا إنه ضيق الحال أطلقه . ولورأى أن يسأل قبل انقضاء مدة الحبس كان له ذلك . وأما السؤال قبل الحبس وقبول بينة الإعسار ففيه اختلاف الرواية عن محمد : في رواية تقبل قبل الحبس وبه أفق محمد بن الفضل وإسماعيل ابن حاد بن أبي حنيفة ونصير بن يحيى وهو قول الشافعي وأحمد ، والأكثر على أنها لا تقبل قبل الحبس وهو قول مالك . قيل وهو الأصح ، فإن بينة الإعسار بينة على النفي فلا تقبل حتى تأييد بمؤيد وبعد مضي المدة تأييد .

احتياط ، وليس بواجب لأن الشهادة بالإعسار شهادة بالنفي وهي ليست بحجة فللقاضي أن يعمل برأيه ، ولكن لو سأل كان أحوط . قيل محمد رحمه الله قبل البينة على اليسار وهو لا يثبت إلا بالملك وتعذر القضاء به لأن الشهود لم يشهدوا بمقداره ولم يقبل فيما إذا أنكر المشتري جوار الشفع وأنكر ملكه في الدار التي بيده في جنب الدار المشترية فأقام الشفع بينة أن له نصيبا في هذه الدار ولم يبينوا مقدار نصيبه فإن القاضي لا يقضى بهذه البينة فما الفرق بينهما ؟ وأجيب بأن الشاهد على اليسار شاهد على قدرته على قضاء الدين ، والقدرة عليه إنما تكون بملك مقدار الدين فيثبت بهذه الشهادة قدر الملك لكون قدر الدين معلوما في نفسه . أما الشاهد على النصيب فليس بشاهد على شيء معلوم لأن القليل والكثير في استحقاق الشفعة سواء فوضع الفرق بينهما . قال (فإن لم يظهر له مال خلى سبيله الخ) فإن لم يظهر للمحبوس مال بعد مضي المدة التي رآها القاضي برأيه أو بعد مضي المدة التي اختارها بعض المشايخ كشر أو شهرين أو أربعة أشهر على ما تقدم خلى سبيله لأنه استحق النظرة إلى الميسرة لقوله تعالى - وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة - فكان الحبس بعده ظلما . وفي بعض الشروح جعل قوله يعني بعد مضي المدة متعلقا بقوله خلى سبيله فقال المفهوم من كلامه أنه لا يخليه ما لم تنقض المدة ، وليس كذلك فإن أصحابنا ذكروا في نسخ أدب القاضي وقالوا : وإذا ثبت إعساره أخرجه من الحبس ، وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك (ولو قامت البينة على إفلاسه قبل مضي المدة) بأن أخبر واحد ثقة أو اثنان أو شهد بذلك شاهدان أنه مفلس معدم لا نعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلاية ففيه روايتان (تقبل في رواية ولا تقبل في رواية وعليها عامة المشايخ) وإن كان ذلك قبل الحبس ، فمن محمد فيه روايتان : في رواية لا يحبس به وكان يقضي الشيخ الجليل أبو بكر محمد بن الفضل وهو قول إسماعيل بن حاد بن أبي حنيفة رحمهم الله . وفي أخرى وعليها عامة مشايخ ما وراء النهر أنه يحبس ولا يلتفت إلى هذه البينة لأنها على النفي فلا تقبل إلا إذا تأيدت بمؤيد وقبل الحبس ما تأيدت ، فإذا حبس ومضت مدة فقد تأيدت به إذ الظاهر أن القادر على خلاص نفسه من مرارة الحبس لا يتحملها (قال في الكتاب) أي القلوي (خلى سبيله ولا يحول بينه وبين غرمائه وهذا الكلام) يعني المنع عن ملازمة المدين بعد إخراجه من الحبس (في الملازمة) هل للطالب ذلك أو لا (وسنذكره في باب الحجر

(قوله وفي بعض الشروح جعل قوله إلى قوله وعلى ما ذكرنا لا يرد عليه شيء من ذلك) أقول : المراد من البعض هو الإجماع ، وسيظهر جواب آخر آتيا بأن ما في الكتاب من رواية الأصل . فانقض الإشكال على أن ثبوت الإعسار يكون بالنية وعدم الظهور لإلزام أن يكونها فللرأى على سبيله بمجرد عدم ظهور المال على ما يفهم من الشرطية فانقض (قوله فإن أصحابنا ذكروا ، إلى قوله : أخرجه من الحبس) أقول : ممنوع فإنه يفهم ما ذكره أيضا أنه إذا لم يظهر له قبل مضي المدة لا يخليه (قال المصنف : ولا تقبل في رواية) أقول : وهذا إذا كان أمره مشكلا وإفلاسه غير ظاهر بين الناس وإلا فلا يحبس (قوله وهذا الكلام يعني المنع من ملازمة المدينون) أقول : لعل الصواب يعني المنع كما لا يخفى .

إن شاء الله تعالى . وفي الجامع الصغير : رجل أقرّ عند القاضي بدين فإنه يحبس ثم يسأل عنه ، فإن كان موسرا أهد حبسه ، وإن كان معسرا خلى سبيله ، ومراده إذا أقرّ عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت بماطلته والحبس أولا ومدته قد بيناه فلا نعيده . قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته) لأنه ظالم بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده) لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على الوالد كالخلود والقصاص

إذا الظاهر أنه لو كان له مال لم يتحمل ضيق السجن ومرارة . واعلم أن سؤال القاضي بعد المدة للاحتياط وإلا فبعد مضي المدة التي يغلب على ظن القاضي أنه لو كان له مال دفعه وجب إطلاقه إن لم يقيم المدعى بيته يساره من غير حاجة إلى سؤال ، وإليه يشير قوله فإن لم ينكشف له مال خلى سبيله ، ولو طلب المدينون يمين المدعى أنه ما يعطى أنه معسر حلف ، فإن نكل أطلقه ، ولو قبل الحبس وإن حلف أبدا حبسه ، ولا شك أن معناه ما لم تقم بيته على حدوث عسرته . قال أبو القاسم في كيفية شهادة الإعسار أن يقول : أشهد إنه مغلس لا تعلم له مالا سوى كسوته التي عليه وثياب ليله وقد اخترنا أمره سرا وعلانية ، بخلاف ما إذا مضت المدة فسأل فإنه يكفي الواحد العدل في إخباره بالعسرة ، والاثنان أحوط . ولا يشترط فيها لفظة الشهادة ذكره في باب الحبس من كفالة شيخ الإسلام (قوله وفي الجامع الصغير : رجل أقرّ بدين عند القاضي فإنه يحبس ثم يسأل عن حاله) إنما ذكره لما في ظاهره من المخالفة لما قلناه من قوله إذا ثبت الدين بالإقرار لا يحبس في أول الوهلة ، فإن هذا ظاهر في وصل الحبس بإقراره فذكره ليؤكد بقوله (ومراده إذا أقرّ عند غير القاضي أو عنده مرة وظهرت بماطلته فترافعا) إلى القاضي فإنه يحبس بمجرد جوابه أنه لم يعطه إلى الآن شيئا (قوله ويحبس الرجل في نفقة زوجته لأنه ظالم بالامتناع) ويتحقق ذلك بأن قلناه في اليوم الثاني من يوم فرض النفقة وإن كان مقدار النفقة قليلا كالدنانير إذا رأى القاضي ذلك ، فأما بمجرد فرضها لو طلبت حبسه لم يحبس لأن العقوبة تستحق بالظلم والظلم يمنع بعد الوجوب ولم يتحقق وهذا يقتضي أنه إذا لم يفرض لها ولم ينفق الزوج عليها في يوم ينبغي إذا قدمته في اليوم الثاني أن يأمره بالإتفاق فإن رجع فلم ينفق أوجعه عقوبة ، وإن كانت النفقة سقطت بعد الوجوب فهو ظالم لها وهو قياس ما أسلفناه في باب القسم من قولهم إذا لم يقسم لها فرفعت إلى القاضي يأمره بالقسم وعدم الجور ، فإن ذهب ولم يقسم فرفعت أوجعه عقوبة ، وإن كان ما ذهب لها من الحق لا يقضى ويحصل بذلك ضرر كبير (قوله ولا يحبس والد في دين ولده فإنه عقوبة) ولا يستحق الوالد عقوبة لأجل الولد لأن التأفيف لما حرم كان الحبس حراما لأنه فوقه ، وكذا لا يحد

بسبب الدين إن شاء الله تعالى) (وذكر في الجامع الصغير : رجل أقرّ عند القاضي بدين فإنه يحبس ثم يسأل عنه فإن كان موسرا أهد حبسه ، وإن كان معسرا خلى سبيله) وهذا بظاهره يناقض ما ذكر في أول الفصل أن الحق إذا ثبت بالإقرار لا يحبس أول وهلة فيحتاج إلى تأويل فلهذا ذكر المصنف تأويله بقوله (ومراده) أي مراد محمد إذا أقر عند غير القاضي أو عنده مرة قبل ذلك فظهرت بماطلته) وهذه الرواية تصلح أن تكون معنيدي همس الأئمة السرخسي فيها تنقل عنه من المعكس كما تقدم في أول الفصل ، أو يحمل على اختلاف الروايتين لكن الظاهر هو التأويل (قوله والحبس أولا) يعني أن المذكور في الجامع الصغير من الحبس أولا ومدته على ما بينا ليس فيه مخالفة لما بيناه فيحتاج إلى ذكره لما فلا نعيده . قال (ويحبس الرجل في نفقة زوجته الخ) إذا فرض القاضي على رجل نفقة زوجته ، أو اصطلاحا على مقدار ولم ينفق عليها ورفضت إلى الحاكم حبسه لظهور ظلمه بالامتناع (ولا يحبس والد في دين ولده لأنه نوع عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحسد والقصاص) قال الله تعالى - ولا تقل

(إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه) لأن فيه إحياء لولده ، ولأنه لا يتدارك لسقوطها بمضى الزمان ، والله أعلم :

(باب كتاب القاضى إلى القاضى)

له إذا قلناه ولا يقتض منة إذا قلناه ، أما إذا امتنع من الإنفاق عليه فإنه يحبس ، وكذا كل من وجبت عليه النفقة فأبى عن الإنفاق أباً كان أو أما أوجداً ، لأن في ترك الإنفاق سعيًا في هلاكهم ، ويجوز أن يحبس الوالد لقصدته إلى إهلاك الولد (ولأنه لا يتدارك لسقوطها) أى لسقوط النفقة (بمضى الزمان) بخلاف الدين فإنه لا يسقط . وفى النخيرة والعبد لا يحبس لمولاه لأن المولى لا يستوجب عليه ديناً ، ولا المولى لعبده المأخوذ غير المديون لأن كسبه لمولاه فكيف لا يحبس له ، فإن كان عليه دين حبس لأنه للغرماء في التحقيق ، ويحبس مولى المكاتب للمكاتب إذا لم يكن دينه من جنس بدل الكتابة لأن في الحبس له حق أخذه . فإذا أخط يلتقيان قصاصاً وفى غير جنسه لا تنفع المقاصة . والمكاتب فى أكسابه كالحرة فله حق المطالبة فيحبس لمطله ، أما المكاتب فلا يحبس بدين الكتابة لمولاه لأنه بالامتناع لا يصير ظالمًا ، ولو كان عليه دين غير بدل الكتابة يحبس فيه لأنه لا يتمكن من فسخ ذلك الدين وهو ظاهر الرواية . وعن بعض مشايخنا هما سواء لأنه يتمكن من إسقاطه بتعجيل نفسه فيسقط الدين عنه لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً ، وفى ظاهر الرواية أن بدل الكتابة صلة من وجه بخلاف سائر الديون :

(باب كتاب القاضى إلى القاضى)

هذا أيضاً من أحكام القضاء غير أنه لا يتحقق في الوجود إلا بقاضيين فهو كالمركب بالنسبة إلى الحبس ، والعمل بكتاب القاضى إلى القاضى على خلاف القياس لأنه لا يزيد على إخباره بنفسه ، والقاضى لو أخبر قاضى

لهما أف ، وانخفض لهما جناح الذل من الرحمة - (إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه لأن فيه إحياء ولده) وفى تركه سعى فى هلاكه . ويجوز أن يحبس الوالد لقصدته إتلاف مال الولد (ولأن النفقة تسقط بمضى الزمان فلا يمكن تداركها) وسائر الديون لم تسقط به فافترقا ، وكذا لا يحبس المولى لعبده إذا لم يكن عليه دين ، فإن كان حبس لأن ذلك لحق الغرماء ، وكذا العبد لمولاه لأنه لا يستوجب عليه ديناً ، وكذا الدين مكاتبه إذا كان من جنس بدل الكتابة لوقوع المقاصة ، وإذا كان من غير جنسه لا تنفع المقاصة ، والمكاتب فى حق أكسابه بمنزلة الحر فيحبس المولى لأجله ، وكذا المكاتب لدين الكتابة يتمكن من إسقاطه فلا يكون بالمنع ظالمًا ويحبس فى غيره لأنه لا يتمكن من الفسخ بسبب ذلك الدين وهو ظاهر الرواية . وقيل تجب التسوية بينهما لأنه يتمكن من تعجيل نفسه فيسقط به الدين عنه كدين الكتابة ، والله أعلم .

(باب كتاب القاضى إلى القاضى)

أورد هذا الباب بعد فصل الحبس لأن هذا من عمل القضاء أيضاً ، إلا أن السجين يتم بقاض واحد وهذا باثنين ، والواحد قبل الاثنين ، والقياس بأبى جواز العمل به لأنه لا يكون أقوى من عبارته ، ولو حضر بنفسه مجلس المكتوب إليه وعبر بلسانه عما فى الكتاب لم يعمل به القاضى فكيف بالكتاب وفيه شبهة الزور إذ أخط يشبه الخط والناتم الخاتم إلا أنه جَوَزَ لحاجة الناس لما روى أن علياً رضى الله عنه جوزوه كذلك وعليه أجمع الفقهاء .

(باب كتاب القاضى إلى القاضى)

قال (ويقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحقوق إذا شهد به عنده) للحاجة على مانئين (فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) لوجود الحجة (وكتب بحكمه) وهو المدعو بحيل (وإن شهدوا به بتغير حضرة الخصم لم يحكم) لأن القضاء على الغائب لا يجوز (وكتب بالشهادة) ليحكم المكتوب إليه بها وهذا هو الكتاب الحكيم ،

البلد الأخرى بأنه ثبت عنده بينة قبلها حتى فلان على فلان الكائن فى بلد القاضى الآخر لم يميز العمل به لأن إخبار القاضى لا يثبت حجة فى غير محل ولايته فكتابه أولى أن لا يعمل به ، لكنه جاز لإجماع الصحابة والتابعين لحاجة الناس إلى ذلك ، فإن الإنسان قد لا يقدر على أن يجمع بين شهوده والمدعى عليه بأن كان فى بلدين فيجوز إعانة على إيصال الحقوق لمستحقها وما وجه القياس به لما فيه من شبهة التزوير فإن الخطم والخطم يشبه الخطم والخطم فليس بذلك لأن هذه الشبهة منتزعة بإشراط شهادة الشهود على نسبة ما فيه إلى القاضى المرسل وأنه ختمه . وقبل أصله ما روى الضحك بن مغيان وأنه عليه الصلاة والسلام كتب : أن ورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها ، زواه أبو داود والترمذى وأجمع الفقهاء عليه . لا يقال : لانسلم مساس الحاجة إلى كتاب القاضى لأن الشاهدين على الكتاب يجوز أن يشهدا على شهادة الأصول ويؤكدون عند القاضى الثانى فلم يحتج إليه لأنا نقول : فى الشهادة على الشهادة يحتاج القاضى الثانى إلى تعديل الأصول وقد يتعذر ذلك فى بلده ، وبالكتاب يستغنى عن ذلك لأنه يكتب بعدالة الذين شهدوا عنده (قوله ويقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحقوق) أى التى ثبتت مع الشبهات ، بخلاف الحدود والقصاص (إذا شهد به) أى بالكتاب (عند القاضى) المكتوب إليه على مانئين من أن الشهود فيه ما هو عن قريب . ثم فصل فقال (فإن شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة) يريد بالخصم الحاضر من كان وكيلًا من جهة المدعى عليه أو مسخرًا وهو من ينصبه القاضى وكيلًا عن الغائب ليسمع الدعوى عليه ، وإلا لو أراد بالخصم المدعى عليه لم يبق حاجة إلى الكتاب إلى القاضى الآخر ، لأن الخصم حاضر عند هذا القاضى وقد حكم عليه (و) إذا حكم (كتب بحكمه) إلى قاضى البلد التى فيها الموكل ليقضى منه الحق (و) هذا الكتاب المتضمن للحكم (هو المدعو بحيل) فى عرفهم (وإذا شهدوا بلا خصم حاضر لم يحكم) لأنه حينئذ قضاء على غائب (و) إنما يكتب بالشهادة إلى القاضى الآخر ليحكم (هو) بها وهذا هو الكتاب الحكيم () فى عرفهم نسبوه

قال (ويقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى الحقوق الخ) يقبل كتاب القاضى إلى القاضى فى حقوق تثبت بالشبهات دون ما يندرى بها إذا شهد به بضم الشين عند المكتوب إليه للحاجة ، وهو نوعان : المسمى بحيل ، والمسمى بالكتاب الحكيم ، وذلك لأن الشهود إما أن يشهدوا على خصم أو لا . وتذكيره يشير إلى أنه ليس المدعى عليه إذ لو كان إياه لما احتج إلى الكتاب ، والكتاب لا بد منه لتلايق القضاء على الغائب . فالمراد به كل ما يمكن أن يكون خصمًا ، فإن كان الأول حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو بحيل لأن السجل لا يكون إلا عند الحكم ، وإن كان الثانى لم يحكم لأنه قضاء على الغائب وهو عندنا لا يجوز ، وكتب بالشهادة ليحكم بها المكتوب إليه وهو الكتاب الحكيم . والفرق بينهما أن الأول إذا وصل إلى المكتوب إليه ليس له إلا التنفيذ وافق رأيه أو خالفه لاتصال الحكم به ، وأما الثانى فإن وافقه نفذه وإلا فلا لعدم اتصال الحكم به ، وقد يشير إلى ذلك

(قوله ليحكم بها المكتوب إليه) أقول : وما يفعله القضاء من إرسال المدعى عليه مع المدعى إلى القاضى الكتاب إذا طلب ذلك منهم قلل مستندهم فيه ما يجيب . فى هذا الكتاب والنهاية وغيرها فى شرح قوله ولا يقضى القاضى على غائب (قوله وإلا فلا) أقول : بأن كان ما اختلف فيه الفقهاء .

وهو نقل الشهادة في الحقيقة ، ويختص بشرائط نذكرها إن شاء الله تعالى ، وجوازه لمسام الحاجة لأن المدعى قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فأشبه الشهادة على الشهادة . وقوله في الحقوق ينترج تحت الدين والنكاح والنسب والمغضوب والأمانة المحجودة والمضاربة المحجودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين ، وهو يعرف بالوصف لاحتياج فيه إلى الإشارة ، ويقبل في العقار أيضا لأن التعريف فيه بالتحديد ،

إلى الحكم باعتبار ما يؤول (وهو في الحقيقة نقل الشهادة) إلى ذلك القاضي ، وسنذكر شروط الحكم من القاضي الثاني به . والفرق بين الكتاتين أن السجل يلزم العمل به وإن كان المكتوب إليه لا يرى ذلك الحكم لصنوع الحكم في محل مجتهد فيه ، والكتاب الحكى لا يلزم إذا كان يخالفه لأنه لم يقع حكم في محل اجتهاد فله أن لا يقبله ولا يعمل به (وينتدج في الحقوق الدين والنكاح والنسب والمغضوب والأمانة المحجودة والمضاربة المحجودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين ، وهو يعرف بالوصف غير محتاج إلى الإشارة) واستشكل بأن في دعوى النكاح لابد من الإشارة إلى الرجل وإلى المرأة ، وكذا في الأمانة والمغضوب فكانت ههنا بمنزلة الأعيان المدعى بها . وأجيب بأن المدعى به نفس النكاح والغصب ونحوه ، وذلك لاحتياج إلى الإشارة لأنها من الأفعال ، وإن كان يلزم في ضمنه الإشارة إلى الرجل والمرأة إذ كل خصم ، والإشارة إلى الخصم شرط . ولا يخفى ما فيه لأن الإشارة إذا لزمته بأي طريق كان ضمنا أو قصدا تتعلو على شهود القاضي الكاتب . فالحق أن الإشارة لا تلزم من الأصول إلى الخصم الغائب ، بل يشهدون على مسمى الاسم الخاص والنسب والشهرة ، فإذا وصل الكتاب هناك يقع التعيين كما سنذكر إن شاء الله تعالى فيكتب فيها كما يكتب في الدين والعبد (ويقبل في العقار أيضا) إذا بين حدودها الأربع (لأن التعريف يحصل به

قوله وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويختص بشرائط منها العلوم الخمسة . وهي أن تكون من معلوم إلى معلوم في معلوم لمعلوم على معلوم ، وسنذكر ما عداها إن شاء الله (قوله وجوازه) هو الموعد بقوله على مانئين ، وهو يشير إلى أن جوازه ثابت بمشابهته للشهادة على الشهادة لاتحاد المناط وهو تعلد الجمع بين الشهود والخصم ، فكما يجوز الشهادة على الشهادة لإحياء حقوق العباد فكذا يجوز الكتاب لذلك ، ولا يراد بالمشابهة القياس لما تقدم أنه مخالف للقياس فإراد به الاتحاد في مناط الاستحسان . وقوله (يعني القلوري) في الحقوق ينترج تحت الدين والنكاح والنسب والمغضوب والأمانة المحجودة (والمضاربة المحجودة لأن كل ذلك بمنزلة الدين) والدين يجوز فيه الكتاب فكذا فيما كان في منزلته (قوله وهو يعرف) أي الدين (يعرف بالوصف) يشير إلى ثلاثة أشياء : إلى أن الدين إنما يجوز فيه الكتاب لأنه يعرف بالوصف لاحتياج إلى الإشارة ، وإلى أن محتاج فيه إلى الإشارة لا يجوز فيه الكتاب ، وإلى أن الأمور المذكورة بمنزلة الدين في أنها تعرف بالوصف لاحتياج إلى الإشارة . واعترض بأن ما سوى الدين يحتاج إليها فإن الشاهد يحتاج إلى الإشارة إلى الرجل والمرأة في دعوى النكاح من الجانبين وكذلك في الباقي فكانت بمنزلة الثياب والحليوان ، وكتاب القاضي إلى القاضي لا يجوز فيها في ظاهر الرواية . وأجيب بأن الإشارة إلى الخصم شرط فيما ذكرت وهو ليس بملحق به إنما هو نفس النكاح والأمانة وغير ذلك مما هو من الأفعال ، ألا ترى أن الإشارة إلى الدائن والمدين لابد منها عند دعوى الدين وليس ذلك بمنع بالإجماع (ويقبل كتاب القاضي إلى القاضي في العقار أيضا لأن التعريف فيه بالتحديد) وذلك لاحتياج إلى الإشارة

(قوله وأجيب بأن الإشارة إلى الخصم شرط) أقول : فإن قيل : إذا كان شرطا ينبغي أن لا يجوز بدوله . غلته : يجوز الاستحسان . خلاف القياس .

ولا يقبل في الأعيان المنقولة الحاجة إلى الإشارة . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق فيه دونها : وعنه أنه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعها . وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون ،

ولا يقبل في الأعيان المنقولة (كالخمار والحب والعبد (للحاجة إلى الإشارة) فيها (وعن أبي يوسف أنه يقبل في العبد دون الأمة لغلبة الإباق في العبد) لأنه يعلم خارج البيت فإياقه متمسك فلمساس الحاجة فيه جوزه ، بخلاف الأمة لأنها داخل البيت فلا يتيسر لها تيسره له (وعن محمد أنه يقبل في جميع ما ينقل) من الدواب والياب والإمام (وعليه المتأخرون) ونص الإسماعيلي على أن الفتوى عليه ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في قول ، فإن المانع منه ما كان إلا الحاجة إلى الإشارة في الأعيان وهي غالبة في بلد المكتوب إليه ، ولا شك أن في الدين أيضا لا بد من الإشارة إلى المليون ليقضى عليه ومع ذلك اكتفى باسمه وشهرته في الإثبات عليه ، وقبول القاضي الكاتب الشهادة عليه ، وما ذلك إلا لأن عند القضاء من الثاني يتحقق معنى الإشارة والتعيين ، ويتبين ذلك بإيراد الصور ، فصورة الدين إذا شهدوا على فلان بن فلان بن فلان القلاقي أن يكتب كاذكره الحسن في المخرجين فلان قاضي كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فإني أحمد إليك الله الذي لا إله إلا هو . أما بعد : فإن رجلا

(ولا يقبل في الأعيان المنقولة الحاجة إليها) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولما لم يجوزاه في العبد والجواري (واستحسن أبو يوسف في العبد دون الإمام لغلبة الإباق في العبد دون الأمة) فإن العبد يخدم خارج البيت غالبا فيقدر على الإباق فتتمس الحاجة إلى الكتاب بخلاف الأمة فإنها تخدم داخل البيت غالبا (وعنه) أي عن أبي يوسف (أنه يقبل فيها بشرائط تعرف في موضعها) يعني الكتب المبسوطة كاليسوط وشروح أدب القاضي . وصفة ذلك بخاري أبق عبد له إلى سمرقند مثلا فأخذه سمرقندي وشهود المولى ببخارى فطلب من قاضي بخارى أن يكتب بشهادة شهوده عنده فيجيب إلى ذلك ويكتب : شهد عندي فلان وفلان بأن العبد الذي من صفته كيت وكيت ملك فلان المدعي وهو اليوم بسمرقند بيد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين ويعلمهما ما فيه ويرسلهما إلى سمرقند ، فإذا انتهى إلى المكتوب إليه يحضر العبد مع من هو بيده يشهدا عنده عليه بالكتاب وبما فيه فتقبل شهادتهما ويفتح الكتاب ويدفع العبد إلى المدعي ولا يقضى له به ، لأن شهادة شاهدي الملك لم تكن بحضرة العبد وتأخذ قليلا من المدعي بنفس العبد ويعمل في عتق العبد خاتما من رصاص كشي لا يهتم المدعي بالسرقة ، ويكتب كتابا إلى قاضي بخارى ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وعلى مافي الكتاب ، فإذا وصل إلى قاضي بخارى وشهدا بالكتاب وختمه أمر المدعي بإعادة شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه حقه وملكه ، فإذا شهدوا بذلك قضى له بالعبد وكتب إلى ذلك القاضي بما ثبت عنده ليبرأ كفيه . وفي رواية عن أبي يوسف أن قاضي بخارى لا يقضى للمدعي بالعبد لأن الخصم غائب ، ولكن يكتب كتابا آخر إلى قاضي سمرقند فيه ماجرى عنده ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد إلى سمرقند حتى يقضى له بحضرة المدعي عليه ، فإذا وصل الكتاب إليه يفعل ذلك ويرى الكفيل ، وصفة الكتاب في الجوارى صفته في العبد غير أن القاضي لا يدفع الجزائية إلى المدعي ولكنه يبعث بها معه على يد أمين لتلاطها قبل القضاء بالملك زاعما أنها ملكه ، ولكن أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالوا : هذا استحصان فيه بعض قبيح ، فإنه إذا دفع إليه العبد يستعمله قهرا ويستعمله فياكل من غلته قبل القضاء بالملك وربما يظهر العبد لغيره لأن الخلية والصفقة تشبهان فإن المختلفين قد يفتقان في الحل والصفقات فالأخذ بالقياس أولى (وعن محمد رحمه الله أنه يقبل في جميع ما ينقل ويحول وعليه المتأخرون) وهو مذهب مالك وأحمد والشافعي في قول .

أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر أن له حقا على رجل في كورة كذا ولم يذكر في الجرد يقال له فلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني ولا بد منه كما سندر ، وسألني أن أسمع بيته وأكتب إليك بما يستقر عندي من ذلك ، فسأله البيعة فأتاني ببيعة منهم فلان وفلان وفلان ويحلبهم وينسبهم فشهدوا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني على فلان بن فلان الفلاني كذا وكذا درهما دينا حالا . وسألني أن أحلفه بالله ما قبض منها شيئا ولا قبضه له قابض بوكالة ولا احتال بشيء منها وحلفته فحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما قبض من هذا المال الذي قامت به البيعة عندي ولا قبضه له وكيل ولا أحاله ولا قبضه له قابض وأنها له عليه فسألني أن أكتب له كتابا إليك بما استقر عندي من ذلك فكتب إليك هذا الكتاب وأشهدت عليه شهود أنه كتاب وخاتمي وقرأته على الشهود . قال ثم يطوى الكتاب ويحتم عليه ، فإن ختم عليه شهوده فهو أوثق ثم يكتب عليه عنوان الكتاب من فلان قاضي كورة كذا إلى فلان قاضي كورة كذا ثم يدهفه إلى المدعي ، فإذا أتى به المدعي إلى القاضي الذي بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضي إليه سألته البيعة على كتاب القاضي ، ولا ينبغي أن يسمع بيعة المدعي حتى يحضر الخصم ، فإذا أحضره وأقر أنه فلان بن فلان الفلاني قبل بيته وسمع منه ، فإن أنكر قال له بجني بالبيعة أن هذا فلان بن فلان الفلاني ، فإن جاء بها وعدلوا سمع بيعة المدعي حيثخذ على أن هذا كتاب القاضي الذي ذكر . فيقول لم : أقرأ عليكم ما فيه ، فإذا قالوا قرأه علينا وأشهدنا أن هذا كتابه وختمه فإذا سمع منهم لا يفك الخاتم حتى يسأل عنهم ، فإذا عدلوا لا يفكها أيضا حتى يحضر الخصم ، فإذا حضر فكه وقرأه عليهم وعليه ، فإن أقر أزمه إياه . وإن أنكر قال أنك حجة وإلا قضيت عليك ، فإن لم يكن له حجة قضى عليه ، وإن كانت له حجة قبلها ، وإن قال لست أنا فلان بن فلان الذي شهدوا عليه بهذا المال لزيد بل هو آخر ، قال له هات بيعة أن في هذه الصناعة أو القبيلة رجلا ينتسب بمثل ما تنتسب إليه وإلا أزمك مثلك ماشد به الشهود ، فإن جاء بيعة على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينتسب بمثل ما نسب إليه أبطل الكتاب ، وإن لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه واسم أبيه قضى عليه انتهى . فقد علمت أن التمين الذي هو المقصود بالإشارة يحصل بآخره الأمر قبل القضاء عليه ، وفي هذه الصورة مواضع وإن كانت ظاهرة نبيه عليها : منها قوله في شهود الكتاب منهم فلان وفلان ويحلبهم وينسبهم لم يذكر كتب عدالتهم ولا بد منها ، وقالوا لو كتب وأقام يشهدوا عدلوا عرفهم بالعمالة أو سألت عنهم فعدلوا كنى عن تسميتهم ونسبهم ، وعندي لا بد أن يقول أحرار عدلوا إذا لم يسمهم . والذي يظهر من كلام محمد وغيره أنه لا بد من تسميتهم ونسبة كل منهم ومصلاعه وحرفته إن تاجر تاجر أو مزارعا فزارع ، والمقصود تتمتع تعريف الشهود ، ثم يذكر أنه عرفهم بالعمالة أو عدلوا لأن الخصم إذا حضره الثاني قد يكون له مطلق فيهم أو في أحدهم فلا بد من تسميتهم له ليتمكن من الطعن إن كان ، وإلا فيقول ممنوم لي فإني قد يكون لي فيهم مطلق . ومنها قوله إلى فلان قاضي كورة كذا إنما يصح إذا كان القاضي ولحدا فإن كان لها قاضيان لا يصح . ومنها قوله في المدعي يقال له فلان بن فلان يتم التعريف في قوله ما وعنده لا بد من ذكر الجرد ، وكذا الخلاف لو ذكر قبائعه أو صناعته وإن ذكر اسمه ولم يذكر اسم الأب لكن نسبة إلى قبيلة أو فخذ فقال فلان التيمي أو الكوفي وما أشبه ذلك لا يكون

قال (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) لأن الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت إلا بحجة تامة وهذا لأنه ملزم فلا بد من الحجة ، بخلاف كتاب الاستئذان من أهل الحرب لأنه ليس بملزم ، وبخلاف رسول

تعريفا بالاتفاق وإن كان مشهورا لا يحتاج إلى هذا . وقيل ولا بد أن يذكر ادعى المدعى أنه غائب من هذا البلد مسيرة سفر لأن بين العلماء اختلافا في الدسافة التي يجوز فيها كتاب القاضي إلى القاضي ، فجماعة من مشايخنا قالوا : لا يجوز فيها دون مسافة القصر ، وبه قال الشافعي وأحمد في وجه . وحكى الطحاوي عن أبي حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيها دون مسافة القصر ، وقال بعض المتأخرين : هذا قول أبي يوسف ومحمد وبه قال مالك ، والذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة أنه لا يجوز كالشهادة على الشهادة . ومنها ختم الشهود ليس بلام بل هو أوثق كما قال . ومنها قوله وعدلوا ظاهر في أنه لا يفك الختم حتى يعدل شهود الكتاب وفيه خلاف سيدكر ، وإن كانت دارا قال وادعى أن له دارا في بلد كذا في حلة كذا وذكر حلودها في يد رجل يقال له فلان بن فلان يعرفه على وجه التمام . ولو ذكروا ثلاثة حدود كفي استحصانا خلافا لزر ، ولو غلطوا في بعض الحدود بطل الكتاب . وصورة كتاب العبد الآبى من مصر بعد العنوان والسلام أن يكتب شهد عندى فلان وفلان بأن العبد الهندي الذي يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وستة كذا وقيمته كذا ملك فلان للمدعى ، وقد أبق إلى الإسكندرية وهو اليوم في يد فلان بغير حق ويشهد على كتابه شاهدين مسافرين إلى الإسكندرية على ما فيه وعلى ختمه كما سيدكر ، فإذا وصل وفصل القاضي ماتقدم وفتح الكتاب دفع العبد إلى المدعى من غير أن يقضى له به لأن الشهود الذين شهدوا بملك العبد للمدعى لم يشهدوا بحضرة العبد وبأخذ كتيلا بنفس العبد من المدعى ويجعل خاتما من القاضي في كتف العبد ولا حاجة إلى هذا إلا لدفع من يتعرض له ويتهمة بسرقة ، فإذا لم يكن لاحاجة ويكتب كتابا إلى قاضي مصر ويشهدان على كتابه على ما عرف ، فإذا وصل الكتاب إليه فعل ما يفصل المكتوب إليه ، ثم يأمر المدعى أن يحضر شهوده ليشهدوا بالإشارة إلى العبد أنه ملكه ، فإذا شهدوا قضى له به وكتب إلى قاضي الإسكندرية بما ثبت عنده ليبرئ كفيله . وفي بعض الروايات أن قاضي مصر لا يقضى بالعبد للمدعى لأن الخصم غائب ، ولكن يكتب كتابا آخر إلى قاضي الإسكندرية ويذكر فيه ما جرى عنده ويشهد على كتابه وختمه ويرد العبد معه إليه ليقضى به بحضرة المدعى عليه فيفعل ذلك ويبرئ الكفيل . وصورته في الجوارى كما في العبد ، إلا أن القاضي المكتوب إليه لا يدفع الجارية إلى المدعى بل يعيها على يد أمين لاحتال أنه إذا أرسلها مع المدعى يطوؤها لاحتادها أنها مائة . قال في المبسوط : ولكن أبو حنيفة ومحمد قالا : هذا فيه بعض القبح ، فإنه إذا دفع العبد يستخدمه قهرا ويستغله ، فيأكل من غلته قبل أن يثبت مائة فيه بالقضاء وربما يظهر العبد لغيره ، ولا يخفى أن ضم محمد مع أبي حنيفة بناء على ظاهر الرواية عنه ، وكلامنا على الرواية عن محمد المختارة للفتوى الموافقة للوجه والأئمة الثلاثة ، وإذا عرفت هذا فالزوجة المدعى باستحقاقها في بلد القاضي المكتوب إليه لا بد أن تجعل من قبيل الأمة فيجوز فيها ما يجزى فيها لأنه بعيد أن تجري مجرى الديون ، لأنها إذا قالت لست أنا فلاتة المشهود على أنها زوجة المدعى المذكور ولم تقدر على بيته أن في قبيلتها من هو على اسمها ونسبها أن تدفع إلى المدعى يطوؤها (قوله ولا يقبل الكتاب) أى لا يقبل المكتوب إليه الكتاب (إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين) على أنه كتاب القاضي فلان الكاتب وأنه ختمه وإن

قال (ولا يقبل الكتاب إلا بشهادة رجلين الخ) لا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي إلا بحجة تامة شهادة رجلين

القاضي إلى المزكي ورسوله إلى القاضي لأن الإلزام بالشهادة لا بالتركية .

فيه كذا وكذا ، ولابد من إسلامهما فلا تقبل شهادة النميمين على كتاب القاضي المسلمين ، ولو كان الكتاب الذي على ذئ لا أنهم يشهدون على فعل المسلم ، وهذا لأن قبول شهادة بعضهم على بعض كان للحاجة والضرورة إذ قلما يحضر المسلمون معاملاتهم خصوصاً الأنكحة والوصايا ، وهذا لا يتحقق في كتاب القاضي وختمه ، ولم يشترط الشعبي الشهادة عليه ، وكذا الحسن أسند الخصاف إلى عمرو بن أبي زائدة أو عمير قال : جئت بكتاب من قاضي الكوفة إلى إياس بن معاوية فبحث وقد عزل واستقضى الحسن فلغث كتابي إليه فقبله ولم يسألني البينة عليه ففتحه ثم نشره فوجد لي فيه شهادة شاهدين على رجل من أهل البصرة بخمسائة ، فقال لرجل يقوم على رأسه اذهب بهذا الكتاب إلى زياد فقل له أرسل إلى فلان فخذ منه خمسمائة درهم فادفعها إلى هذا ، وبه قال أبو ثور والإصطخري من الشافعية وأبو يوسف في رواية ، فالشرط عندهم أن يكون المكتوب إليه يعرف خط القاضي الكتاب وختمه قياساً على كتاب الاستئذان ، وعلى رسول القاضي إلى المزكي ورسول المزكي إلى القاضي . قلنا : الفرق أن هذا نقل ملزم ، إذ يجب على القاضي المكتوب إليه أن ينظر فيه ويعمل به ، ولا بد للملزم من الحجّة وهي البينة ، بخلاف كتاب أهل الحرب فإنه ليس ملزماً إذ الإمام أن يعطيهم ما يطلبوه ، وله أن لا . وأما الرسول فلأن التركية ليست ملزمة ، وإنما الملزم هو البينة . وأما الفرق بين رسول القاضي وبين كتابه حيث يقبل كتابه ولا يقبل رسوله فلأن غاية رسوله أن يكون كفسه، وقلمنا أنه لو ذكر ما في كتابه لذلك القاضي بنفسه لا يقبله ، وكان القياس في كتابه كذلك إلا أنه أجزى بإجماع التابعين على خلاف القياس فاقصر عليه . فإن قلت : فكيف عمل الحسن بالكتاب وهو لم يكتب إلا إلى قاض آخر غيره ؟ فالجواب يجوز أن يكون قال إلى إياس القاضي بالبصرة وإلى كل قاض يراه من قضاة المسلمين ، فإنه إذا كتب كذلك كان لكل قاض رفع إليه أن يعمل به بلا خلاف ، بخلاف ما لو كتب من الأول إلى من يبلغه كتابي هذا من قضاة المسلمين فإنه لا يجوز العمل به لأحد من القضاة ، وأجازه أبو يوسف أيضاً قال في الخلاصة : وعليه عمل الناس اليوم .

أورجل وامرأتين ، أما اشتراط الحجّة فلأنه ملزم ولا إلزام بدونها ، وأما قبول رجل وامرأتين فلأنه حتى لا يسقط بالشهادتين وهو ما يطلع عليه فيقبل فيه شهادة النساء مع الرجال كما في سائر الحقوق ، وكان الشعبي يقول يجوز كتاب القاضي إلى القاضي بغير بينة قياساً على كتاب أهل الحرب . وأجاب المصنف بقوله بخلاف كتاب الاستئذان: يعني إذا جاء من ملك أهل الحرب في طلب الأمان فإنه مقبول بغير بينة، حتى لو أمته الإمام صح لأنه ليس بملزم ، فإن للإمام رأياً في الأمان وتركه ، وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي وعكسه فإنه يقبل بغير بينة لأن الإلزام على الحاكم ليس بالتركية بل هو بالشهادة ، ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة بلا تركية صح ، وقوله وبخلاف رسول القاضي إلى المزكي قيل قد يشير إلى أن رسول القاضي إلى القاضي غير معتبر أصلاً في حق لزوم القضاء عليه بينة وبغيرها ، والقياس يقتضي اتحاد كتابه ورسوله في القبول كما في البيع فإنه كما يتعقد بكتابه يتعقد برسوله أو اتحادهما في علمه ، لأن القياس يأبى جوازهما ، وقرئ بينهما بوجهين : أحدهما ورود الأثر في جواز الكتاب وإجماع التابعين على الكتاب دون الرسول فبقى على القياس . والثاني أن الكتاب كالحطاب والكتاب وجد من موضع القضاء

(قوله ألا ترى أنه لو قضى بالشهادة الخ) أقول : في هذا التنوير بحث ، فإن حصة القضاء أمر والإلزام أمر آخر لتتحقق الأول بدون الثاني . ويؤيد أن حصة الحكم قبل التركية إذا كانت بالشهادة والإلزام بهما فيكون بها أيضاً (قوله قيل قد يشير الخ) أقول : في وجه الإشارة بخلاف لا يعني (قوله في حق لزوم القضاء عليه بينة) أقول : على كونه رسول القاضي .

قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به) لأنه لاشهادة بدون العلم (ثم يجتمع بحضرته ويسلمه إليهم) كى لا يتوهم التغيير ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، لأن علم ما فى الكتاب والتم بحضرته شرط ، وكذا حفظ ما فى الكتاب عندهما ولهذا يدفع إليهم كتاب آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم . وقال أبو يوسف رحمه الله آخر : شئ من ذلك ليس بشرط ، والشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه وعن أبى يوسف أن الختم ليس بشرط أيضا فسهل فى ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة . واختار شمس الأئمة السرخسى رحمه الله قول أبى يوسف رحمه الله .

[فرغ] يجوز على كتاب القاضى الشهادة على الشهادة كما جاز فيه شهادة النساء لأنه يثبت مع الشهادتين : واول كتب القاضى إلى الأمير الذى ولاه أصلح الله الأمير ثم قص القصة وهو معه فى المصر فجاء به ثقة يعرفه الأمير ، فى الفتاوى لا يقبل لأن لإيجاب العمل بالينة ، ولأنه لم يذكر اسمه واسم أبيه . وفى الاستحسان : يجوز للأمير أن يحضيه لأنه متعارف ولا يليق بالقاضى أن يأتى فى كل حادثة إلى الأمير ليخبره ، ولأنه أو أرسل إليه بذلك رسولا ثقة كان عبارة رسوله كعبارة فى جواز العمل به . فكنا إذا أرسل كتابه ولم يجر الرسم فى مثله من مصر إلى مصر فشرطنا هناك شرط كتاب القاضى إلى القاضى (قواه ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم) شروع فى بيان الشروط الموعود بذكرها فى قوله ويختص بشرائط نذكرها . والحاصل إن شهد الشهود على ما فى الكتاب فلا بد حينئذ من أن يقرؤهم عليهم أو يعلمهم ما فيه : أى يختاره لأنه لاشهادة بلا علم بالشهود به كما لو شهدوا بأن هذا الصك مكتوب على فلان لا يفيد ما لم يشهدوا بما تضمنه من الدين واشترط عليهم بما فى كتاب القاضى قول أبى حنيفة ومحمد والشافعى وأحمد ومالك فى رواية . ومن أن يشهدوا أنه ختمه وذلك بأن يجتمع بحضرته ويسلمه إليهم ، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد ، ولا بد أن يكون الكتاب معنونا : أى مكتوبا فيه العنوان الذى قلناه وهو اسم الكتاب واسم المكتوب إليه ونسبهما والشرط العنوان الباطن ، فإن لم يوجد وكان معنونا فى الظاهر لا يقبله لهمة التغيير ، وعن هذا قيل ينبغي أن يكون معه نسخة أخرى متوحة ليستعينوا بها على حفظ ما فى الكتاب فإنه لا بد من التذكر من وقت الشهادة إلى وقت الأداء عندهما (وقال أبو يوسف رحمه الله آخر : شئ من ذلك ليس بشرط ، فالشرط أن يشهدهم أن هذا كتابه وختمه) بعد ما كان أولا يقول كقول أبى حنيفة (وعن أبى يوسف أيضا أن الختم ليس بشرط أيضا رخص فى ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ، وهذا اختيار شمس الأئمة السرخسى ولا شك

فكان كالحطاب من موضع القضاء فيكون حجة ، وأما الرسول فقام مقام المرسل ، والمرسل فى هذا الموضع ليس بقاض ، وقول القاضى فى غير موضع قضائه كقول واحد من الرعايا . قال (ويجب أن يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه الخ) شرط أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله علم ما فى الكتاب وحفظه والتم بحضرة الشهود ، ولهذا يجب أن يقرأ الكاتب كتابه عليهم ليعرفوا ما فيه أو يعلمهم به لأنهم إن لم يعلموا ما فيه كانت شهادتهم بلا علم وهى باطلة ، قال الله تعالى - لا من شهد بالحق وهم يعلمون - ويجتمع بحضرته ويسلمه إلى الشهود كى لا يتوهم التغيير إذا كان بخير ختم أو بيد الخصم وهذا قولهما . وقال أبو يوسف : إنه يدفع الكتاب إلى الطالب وهو المدعى ويدفع إليهم كتابا آخر غير مختوم ليكون معهم معاونة على حفظهم ، فإن فات شئ من الأمور المذكورة لا يقبل الكتاب عندهما . وقال أبو يوسف آخر : شئ من ذلك ليس بشرط ، بل إذا أشهدهم القاضى أن هذا كتابه وختمه فشهدوا على

(قال المصنف : ويسلمه إليهم) أقول : قال فى النهاية : أى إلى الشهود وحمل القضية إليهم يسلمون المكتوب إلى المدعى وهو قول أبى يوسف وهو اختيار الفتوى على قول شمس الأئمة ، وعلى قول أبى حنيفة يسلم المكتوب إلى الشهود ، كذا وجدت بخط شمس انتهى . ثم قال : وأجمعوا فى المسك أن الشهادة لاتصح ما لم يعلم الشاهد ما فى الكتاب فاحفظ منه المسئلة فإن الناس اعتادوا بخلاف ذلك اهـ .

قال (وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بمحضرة الخصم) لأنه بمنزلة أداء الشهادة فلا بد من حضوره ، بخلاف سماع القاضي الكتاب لأنه للنقل لا للحكم .

عندى في صحته فإن الفرض إذا كان عدالة الشهود وهم حلة الكتاب فلا يضره كونه غير محتوم مع شهادتهم أنه كتابه ، نعم إذا كان الكتاب مع المدعى ينبغي أن يشترط الختم لاحتال التغير إلا أن يشهدوا بما فيه حفظاً ، فالوجه إن كان الكتاب مع الشهود أن لا تشترط معرفتهم لما فيه ولا الختم ، بل تكفى شهادتهم أنه كتابه مع عدالتهم ، وإن كان مع المدعى اشترط حفظهم لما فيه فقط . ومن الشروط أن يكتب فيه التاريخ ، فلو لم يكتب لا يقبل ، وذلك لينظر هل هو كان قاضياً في ذلك الوقت أو لا ، وكذا إن شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوباً لا تقبل . وفي خزانة الفقه : يجوز كتاب القاضي إلى القاضي في المصرين ، ومن قاضي مصر إلى قاضي رستاق ، ولا يجوز من قاضي رستاق إلى قاضي مصر انتهى . والذي ينبغي أن بعد عدالة شهادة شهود الأصل والكتاب لافرق ، ولو كان العنوان من فلان إلى فلان أو من أي فلان إلى أي فلان لا يقبل لأن مجرد الاسم أو الكنية لا يتعرف به إلا أن تكون الكنية مشهورة مثل أبي حنيفة وابن أبي ليلى . وكذلك النسبة إلى أبيه فقط مثل عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وقيل تقبل الكنية المشهورة كأبي حنيفة على رواية أبي سليمان . ولا يجوز في سائر الروايات لأن الناس يشتركون في الكنى غير أن بعضهم يشتهر بها فلا يعلم المكتوب إليه أن المكتوب هو الذي اشتهر بها أو غيره ، بخلاف ما لو كتب إلى قاضي بلدة كلها فإنه في الغالب يكون واحداً فيحصل التعريف بالإضافة إلى محل الولاية ، ولم يشترط أبو يوسف العنوان أيضاً بل إذا لم يكن معنونا وكان محتوماً وشهدوا بالختم كفى (قوله وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بمحضرة من الخصم) وفي بعض النسخ : لم يفتك إلا بمحضرة من الخصم كما ذكرنا فيما تقدم ، والمراد أنه لا يقرؤه إلا بمحضرة لا مجرد قبوله فإنه لا يتعلق به حكم ، وترتيب الحال أنه إذا وصل المدعى إلى القاضي جمع بينه وبين خصمه ، فإن اعترف استغنى عن الكتاب ، وإن أنكر قال له هل لك حجة ، فإن قال معي كتاب القاضي إليك طالبه بالبينة عليه ، فإذا حضروا حضر خصمه إن لم يكن حاضراً فيشهدون بمحضرة أنه كتاب القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا فحينئذ انتكه وقرأه عليه ، وإنما لم يقرأه إلا بمحضرة (لأنه) أي الكتاب في المعنى (بمنزلة الشهادة) على الشهادة لأن القاضي ينقل ألفاظ الشهود بكتابه إلى المكتوب إليه كما أن شاهد الفرع ينقل شهادة شاهد الأصل بعبارته (بخلاف القاضي الكتاب) فإنه يسمع من الأصول الشهادة وإن كان الخصم المدعى عليه غائبا (لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل) فكان سماعه بمنزلة تحمل الفرع لشهادة الأصل ، وفي التحمل

الكتاب والختم عند القاضي المكتوب إليه كان كافياً . وعنه أن الختم ليس بشرط أيضاً سهل في ذلك لما ابتلى بالقضاء ، وإنما قال آخره لأن قوله الأول مثل قول أبي حنيفة ومحمد وجههما الله . واختار شمس الأئمة السرخسي قول أبي يوسف تيسيراً على الناس . قال (وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بمحضرة الخصم الخ) لما فرغ من بيان الأحكام المتعلقة بجانب القاضي الكتاب شرع في بيان الأحكام المتعلقة بجانب المكتوب إليه ، فإذا وصل الكتاب

(قال المصنف : وإذا وصل إلى القاضي لم يقبله إلا بمحضرة الخصم) أقول : وفي المحيط : ولو قيل الكتاب من غير حضرة خصمه جاز ، ولوسع البينة على أن هذا كتاب القاضي من غير حضرة الخصم لا يجوز ، فحضرة الخصم شرط قبول البينة على الكتاب لا شرط قبول الكتاب اهـ . وفيه أيضاً الأول أن يكون القضي بمحضرة الخصم وإن فتح بغير حضرته جاز اهـ (قوله لما فرغ ، إلى قوله : بجانب المكتوب إليه) أقول : وأنت غير أن قوله ولا يقبل الكتاب إلا الخ من الأحكام المتعلقة بالمكتوب إليه (وجوابه أن قوله لا يقبل على بناء المفهوم والمقبولية

قال (فإذا سلمه الشهود إليه نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا أنه كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحة القاضي وقرأه على الخصم وألزمه ما فيه) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا شهدوا أنه كتابه وخاتمته قبله على مامر . ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح ، والصحيح أنه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة ، كذا ذكره الخصاف رحمه الله لأنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ،

لا يشترط حضور الخصم كذا هذا ، وهذا كله قول أبي حنيفة ومحمد ، وقد علمت أن قول أبي يوسف الاكتفاء بشهادة أنه كتابه وختمه (ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة) في شهود الكتاب (للفتح) حيث قال فإذا شهدوا الخ فتحه ولم يقل فإذا شهدوا وعدلوا . قال المصنف (والصحيح أنه يفيض الكتاب بعد ثبوت العدالة ، ذكره الخصاف) واحتراز به عما ذكر في المغني فإنه قال فيه : وذكر الخصاف لا يفتح قبل ظهور العدالة ، ثم قال : ما ذكر محمد أصح : أي تجوز الفتح قبل ظهورها بعد الشهادة بأنه كتابه . ووجه المصنف بما ذكره الخصاف

إليه لم يقبله إلا بحضرة الخصم لأن ذلك بمنزلة أداء الشهادة ، وذلك لا يكون إلا بحضور الخصم ، فكذا هذا ، بخلاف سماع القاضي الكتاب فإنه جاز بغيره الخصم لأن سماعه ليس للحكم بل للنقل فكان جائزا وإن كان بغيره . وقال في شرح الأقطع : وقال أبو يوسف : يقبله من غير حضور الخصم لأن الكتاب ينحصر بالمكتوب إليه فكان له أن يقبله ، والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به . قال (فإذا سلمه الشهود إليه الخ) إذا سلم الشهود الكتاب إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه ، فإذا شهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي سلمه إلينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحة القاضي وقرأه على الخصم وألزمه بما فيه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقال أبو يوسف : إذا شهدوا أنه كتاب فلان وخاتمته قبله وفتحها لما مر أنه لم يشترط شيئا من ذلك ، ولم يشترط في القلموري ظهور العدالة للفتح حيث لم يقل فإذا شهدوا وعدلوا . قال المصنف : والصحيح أنه يفيض الكتاب : أي يفتح بعد العدالة ، كذا ذكره الخصاف لأنه إذا لم تظهر العدالة ربما احتاج المدعي إلى أن يزيد في شهوده ، وإنما يمكنهم أداء الشهادة بعد قيام الختم ليشهدوا أن هذا كتاب فلان القاضي وختمه . فأما إذا فك الخاتم فلا يمكنهم ذلك ، وهذا يرى أنه دور ظاهر ، فإن المدعي إنما يحتاج إلى زيادة الشهود إذا كانت العدالة شرطا ولم تظهر ، فأما إذا لم تكن شرطا فكما أدوا الشهادة جاز فضا فلا يحتاج إلى زيادة شهود . والجواب أنا لا نسلم أنه لا يحتاج إلى زيادة شهود بعد الفتح بل يحتاج إليها إذا طعن الخصم ولا بد لهم من الشهادة على الختم وذلك بعد الفتح غير ممكن ، وقد استدل على ذلك بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب والكتب لا يعمل به ما لم تظهر عدالة الشهود على الكتاب ، وفيه نظر لأن فك الخاتم عمل للكتاب لا به ، ولعل الأصح ما قاله محمد رحمه الله من تجوز الفتح عند شهادة الشهود بالكتاب والختم من غير تعرض لعدالة الشهود . كذا نقله الصلبي في المغني . والمكتوب إليه إنما يقبل الكتاب إذا كان الكتاب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو خرج عن أهلية القضاء

وعنها من أحكام الكتاب (قوله فإذا لم يكن شرطا) أقول : كما هو مذهب أبي حنيفة على ما سيأتي في الشهادة (قوله وقد استدل على ذلك) أقول : قوله وقد استدل على ذلك : أي بوجه آخر ، وقوله على ذلك : أي على اشتراط العدالة (قوله بأن فك الخاتم نوع عمل بالكتاب الخ) أقول : لا ينبغي عليك علم تكرار الحد الأوسط فلا ذنب له في الصغرى للملازمة وفي الكبرى السببية . وأيضا القائل بعدم الاشتراط مع الكبرى فلا يتأهل (قوله وفيه نظر الخ) أقول : فيه تأمل .

وإنما يقبله المكتوب إليه إذا كان الكاتب على القضاء ، حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لأنه لا يتحقق بواحد من الرعايا ، ولهذا لا يقبل لإخباره قاضيا آخر في غير عمله أو في غير عملهما ، وكذا لو مات المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان بن فلان قاضي بلدة كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعا له وهو معرف ،

من أنه ربما يحتاج إلى زيادة الشهود بأن أرتاب في هؤلاء فيقول زدى شهدوا ، ولا يمكن أداء الشهادة من المزيدين إلا حال قيام الختم .

[فرع] لو سمع الخصم بوصول كتاب القاضي إلى قاضي بلدة فهرب إلى بلدة أخرى كان للقاضي المكتوب إليه أن يكتب إلى قاضي تلك البلدة بما ثبت عنده من كتاب القاضي ، فكما يجوزنا للأول الكتابة يجوز للثاني والثالث وهلم جرا للمحاجة . ولو كتب فلم يخرج من يده حتى رجع الخصم لم يحكم عليه بتلك الشهادة التي معها من شهود الكتاب ، بل يعيد للمضي شهادتهم لأن سماعه الأول كان للنقل فلا يستفيد به ولاية القضاء وإنما يستفيد بها لو كان الخصم حاضرا وقت شهادتهم (وإنما يقبله المكتوب إليه) هذا شرط آخر لقبول الكتاب والعمل به ، وهو أن يكون القاضي الكاتب على قضائه إلى أن يمضي أمر الكتاب ، فلو أنه مات أو عزل قبل أن يصل إلى المكتوب إليه أو خرج عن أهلية القضاء بمنزلة أو عصى ، قالوا أو فسق ، وإنما يتخرج على القول بالعزل بالفسق بطل الكتاب . قال أبو يوسف والشافعي : يعمل به ، وبه قال أحد لأن كتاب القاضي إلى القاضي كالشهادة على الشهادة ، لأنه ينقل به شهادة الذين شهدوا عنه إلى المكتوب إليه ، والنقل قد تم بالكتابة فكان كشهود الفرع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء أو مات الأصل بعد أداء الفرع فإنه لا يمنع القضاء . وحاصل الجواب في الأخيرة منع تمام النقل بمجرد الكتابة بل حتى يصل ويقرأه ، لأن هذا النقل بمنزلة القضاء ، ولهذا لا يصح إلا من القاضي فلا يتم إلا بوجود القضاء ولا يجب إلا بقرائته ؛ وبهذا تبين أن العبارة الجيدة أن يقال لو مات قبل قراءة الكتاب لا قبل وصوله ، لأن وصوله قبل ثبوته عند المكتوب إليه وقراءته لا يوجب عليه شيئا فقول المصنف (التحق بواحد من الرعايا) يعني قبل تمام القضاء (ولهذا لا يقبل لإخباره قاضيا آخر) غير المكتوب إليه (في غير عمله أو غير عملهما) ولو كان على قضائه لأنه بالنسبة إلى العمل الآخر كواحد من الرعايا غير أن الكتاب خص من ذلك بالإجماع ، ولو مات بعد وصول الكتاب وقراءته عمل به المكتوب إليه ، هكذا ذكر في ظاهر الرواية (وكذا لو مات المكتوب إليه) أو عزل وولى غيره لا يعمل الذي قام مقامه عندنا (إلا إذا) كان (كتب إلى فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن غيره صار تبعا له) وقد قلنا ما هنا ، وقال الشافعي وأحمد : يعمل به لأن المعول عليه شهادة الشهود على ما حملوه ، ومن تحمل وشهد وجب على كل قاضي الحكم بشهادته وصار

يجنون أو إنعما أو فسق إذا تولى وهو عدل ثم فسق على ما مر من قول بعض المشايخ قبل وصول الكتاب أو بعد الوصول قبل القراءة بطل الكتاب . وقال أبو يوسف في الأماني : يعمل به ، وهو قول الشافعي رحمه الله ، لأن كتاب القاضي إلى القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة لأنه بكتابه ينقل شهادة الذين شهدوا عنه بالحق إلى المكتوب إليه والنقل قد تم بالكتاب فكان بمنزلة شهود الفروع إذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء وأنه لا يمنع القضاء . ولنا القول بالموجب وهو أن الكاتب وإن كان ناقلا إلا أن هذا النقل له حكم القضاء بدليل أنه لا يصح إلا من القاضي ولم يشترط فيه العدد ونقطة الشهادة ، ووجب على الكاتب هذا النقل لسماع البيئة ، وما وجب على القاضي

بخلاف ما إذا كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لأنه غير معروف ، ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وراثته لقيامه مقامه (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) لأن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة ، ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سمي في إثباتهما .

كما لو كتب إلى كل قاضي وصل إليه . وأجيب بأن الكاتب لما خص الأول بالكتابة فقد اعتمد عدلته وأمانته ، والقضاة متفاوتون في أداء الأمانة فصحب التعيين ، بخلاف ما إذا أردفه بقوله وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين لأن هناك اعتمد على علم الكل وأمانتهم فكان " الكل مكتوب إليهم معينين . أما لو كتب ابتداء إلى كل من يصل إليه كتابي هذا من قضاة المسلمين وحكامهم فقلنا أنه أجاز أبو يوسف وهو مذهب الشافعي وأحمد ومنعه أبو حنيفة ، والظاهر أن محمداً مع أبي حنيفة . والوجه قول أبي يوسف لأن إعلام المكتوب إليه وإن كان شرطاً فالعموم يعلم كما يعلم الخصوص وليس العموم من قبيل الإجمال والتجهيل فصار قصديته وتبعيته سواء (وأو مات الخصم ينفذ الكتاب على وراثته لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده ولا خلاف فيه (قوله ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وهو قول الشافعي ، وفي قول آخر يقبل وهو قول مالك وأحمد لأن الاعتدال على الشهود وقد شهدوا . قلنا (لأن فيه) أي في كتاب القاضي شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة (لا يقيم بها الحد لأن مبنى الحدود والقصاص على الإسقاط بالشبهات (وفي قبول الكتاب سمي) واحتياط (في إثباتهما) وعرف من تقريرنا أن المعنى على عدم الواو في قوله ولأن مبناهما الخ .

بمعاد البيئة قضاء لكنه غير تام لأن تمامه بوجود القضاء على المكتوب إليه ، ولا يجب القضاء عليه قبل وصوله إليه وقبل قراءته عليه فيقبل كما في سائر الأقضية إذا مات القاضي قبل إتمامها . واستدل المصنف بقوله لأنه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل لإخبار قاض آخر في غير عمله أو في غير عملهما ، وهذا ظاهر فيها إذا عزل ، أما في الموت أو في الخروج عن الأهلية فليس بظاهر لأن الميت والمجنون لا يلتحقان بواحد من الرعايا ، ويمكن أن يقال : يعلم ذلك بالأولى ، وذلك لأنه إذا كان حياً وعلى أهلية القضاء يبق كلامه حجة ، فلأن لا يبقى بعد الموت أو الخروج عن الأهلية أولى ، وكذا لو مات المكتوب إليه بطل كتابه . وقال الشافعي : يعمل به من كان قائماً مقامه في القضاء كما لو قال وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين . ولنا أن القاضي الكاتب اعتمد على علم الأول وأمانته ، والقضاة يتفاوتون في أداء الأمانة ، فصاروا كالأمانة في الأموال ، وهناك قد لا يعتمد على كل أحد ، فكذا ههنا إلا إذا صرح باعتاده على الكل بعد تعريف واحد منهم بقوله إلى فلان بن فلان قاضي بلد كذا وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين ، لأنه أتى بما هو شرط وهو أن يكون من معلوم إلى معلوم ثم صير غيره تبعاً له ، بخلاف ما إذا كتب ابتداء من فلان بن فلان قاضي بلد كذا إلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين فإنه لا يصح عند أبي حنيفة . وقيل الظاهر أن محمداً معه لأنه من معلوم إلى مجهول ، والعلم فيه شرط كما مر وهو رد لقول أبي يوسف في جوازه ، فإنه حين ابتلى بالقضاء وسع كثيراً تسهلاً للأمر على الناس (ولو مات الخصم ينفذ الكتاب على وراثته لقيامه مقامه) سواء كان تاريخ الكتاب قبل موت المطلوب أو بعده (ولا يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في الحدود والقصاص) وقال الشافعي في قول : يقبل لأن الاعتدال على الشهود (ولنا أن فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة على الشهادة) وهي غير مقبولة فيما (ولأن مبناهما على الإسقاط وفي قبوله سمي في إثباتهما) .

(قال المصنف : بخلاف ما إذا كتب ابتداء الخ) أقول : قال ابن المصنف في شرح قوله ولا يقبل الكتاب الخ . وأجازه أبو يوسف أيضاً . قال في الخلاصة : وعليه عمل الناس اليوم اهـ .

(فصل آخر)

(ويموز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) اعتبارا بشهادتها

والله أعلم . وإعلم أنك ربما تطلع على فروع كثيرة في الكتب فيها تصريح بمنع الكتاب فيها مثل ما ذكر في الخلاصة وغيرها : في رجل وامرأة ادعى ولدا وقالوا هو معروف النسب منا هو في يد فلان استرقه في بلدة كذا وطلبنا الكتاب لا يكتب في قول أبي حنيفة ومحمد ، وإن ادعى النسب ولم يذكر الاسترقاق يكتب بالاتفاق لأنه دعوى النسب مجردا فكان كدعوى الدين ، بخلاف المسئلة الأولى لأنه يريد دفع الرق فهو كدعوى أنه عبدي .

[فرع] هل يكتب القاضى بعلمه ؟ في الخلاصة هو كالقضاء بعلمه ، والفاوت هنا أن القاضى يكتب بالعلم الحاصل قبل القضاء بالإجماع ، كذا قال بعضهم . ولو أقام شاهدا واحدا عند القاضى وسأل أن يكتب بذلك كتابا إلى قاض آخر فعل فإنه قد يكون له شاهد في محل المكتوب إليه ويكتب في الدين المؤجل وبين الأجل ليطال به إذا حل هناك ، ولو قال استوفى غريمي دينه أو أبرأني منه وأقام عليه بيته وأنا أريد أن أقدم البلدة التي هو فيها وأخاف أن يأخذني به ، فعند محمد يكتب ، وعند أبي يوسف لا يكتب . وأجمعوا أنه لو قال : جحطت الاستيفاء أو الإبراء مرة يكتب ، وكذا إذا ادعى أن الشفع الغائب سلم الشفعة وأقام بيته وطلب أن يكتب له هل يكتب ؟ هو على الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ، وكذا امرأة ادعت الطلاق على زوجها الغائب وأشهدت وطلبت الكتاب هو على الخلاف أيضا . ولو قالت طلقني ثلاثا وانقضت عدتي وتزوجت بآخر وأخاف أن ينكر الطلاق فأحضرته وقالت للقاضى سله حتى إذا أنكر أقمت عليه البينة فالقاضى يسأله بلا خلاف . والقياس في الكل سواء وهذا احتياط .

(فصل آخر)

(قوله ويموز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص) وقال الأئمة الثلاثة : لا يجوز لأن المرأة ناقصة

(فصل آخر)

قال في النهاية : قد ذكرنا أن كتاب القاضى إذا كان يحل اتصال به قضاؤه يجب على القاضى المكتوب إليه إمضاؤه إذا كان في محل مجتهد فيه ، بخلاف الكتاب الحكيم فإن الرأي له في التنفيذ والرد ، فلذلك احتاج إلى بيان تعداد محل الاجتهاد بذكر أصل يجمعها ، وهذا الفصل لبيان ذلك وما يلحق به ، وهذا يدل على أن الفصل من ثمة كتاب القاضى إلى القاضى ، لكن قوله آخر يتناقض ذلك لأنه ليس في ذلك الباب فصل قبل هذا حتى يقول فصل آخر . والأولى أن يحل هذا فصلا آخر في أدب القاضى ، فإنه تقدم فصل الحبس وهذا فصل آخر . قال (ويموز قضاء المرأة في كل شيء إلا في الحدود والقصاص الخ) قضاء المرأة جائز عندنا في كل شيء إلا في الحدود

(فصل آخر)

(قوله والأول أن يحل هذا فصلا آخر ، إل قوله : وهذا فصل آخر) أقول : ثم هذا فصل آخر في أدب القاضى ، لكن الفصل بين الفصلين بباب كتاب القاضى إلى القاضى بدون أن يورده حقيقتا الفصل الأول يحتاج إلى سبب ، وذلك ما قاله صاحب النهاية .

وقد مر الوجه (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء إلا أن يفوض إليه ذلك) لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل ، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث يستخلف لأنه على شرف القوات لتوقته فكان الأمر به إذنا بالاستخلاف دلالة

العقل ليست أهلا للخصومة مع الرجال في محافل الخصوم ، قال صلى الله عليه وسلم « لن يذبح قوم ولو أمرهم امرأة » رواه البخارى . قال المصنف (وقد مر الوجه) يعنى وجه جواز قضائها ، وهو أن القضاء من باب الولاية كالشهادة والمرأة من أهل الشهادة فتكون من أهل الولاية . وقيل هو قوله قبل لأن فيه شبهة البدلية ، ولا يخفى أن هذا إنما يخص وجه استثناء الحدود والقصاص ، والأحسن أن يجعل كلاهما . والمصنف لم ينصب الخلاف ليجتاز إلى الجواب عن الدليل المذكور . والجواب أن ما ذكر غاية ما يفيد منع أن تستقضى وعدم حله ، والكلام فيها لو وليت وأتم المقلد بذلك أوحكمها خصما فقضت قضاء موافقا للدين الله أكان ينفذ أم لا ؟ لم ينتهض الدليل على نفيه بعد موافقته ما أنزل الله إلا أن يثبت شرعا سلب أهليتها ، وليس في الشرع سوى نقصان عقلها ، ومعلوم أنه لم يصل إلى حد سلب ولايتها بالكلية ؛ ألا ترى أنها تصلح شاهدة وناظرة في الأوقاف ووصية على اليتامى وذلك النقصان بالنسبة والإضافة ، ثم هو منسوب إلى الجنس فجاز في الفرد خلافا ، ألا ترى إلى تصريحهم بصدق قولنا : الرجل خير من المرأة مع جواز كون بعض أفراد النساء خير من بعض أفراد الرجال ، ولذلك النقص الغريزي نسب صلى الله عليه وسلم لمن يوليه عدم الفلاح ، فكان الحديث متعرضا للمولين ولهن ينقص الحال ، وهذا حتى لكن الكلام فيها لو وليت فقضت بالحق لماذا يبطل ذلك الحق (قوله وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) في صحة ولا مرض . (إلا أن يفوض ذلك إليه) فيملكه كما أنه إذا صرح فيه بالتمنع بمنع منه وهذا (لأنه قلد القضاء دون التقليد به فصار كالوكيل) ليس له أن يوكل (بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث) جاز له أن (يستخلف) لأنه لتوقته بحيث لو عرض في وقته ما يمنعه كان لا إلى خلف ، ومعلوم أن الإنسان غرض للأعراض

والقصاص اعتبارا بشهادتها ، وقد مر الوجه : أى في أول أدب القاضي أن حكم القضاء يستقضى من حكم الشهادة ، لأن كل واحد منهما من باب الولاية ، فكل من كان من أهل الشهادة يكون أهلا للقضاء وهى أهل للشهادة في غير الحدود والقصاص فهى أهل للقضاء في غيرها . وقيل أراد به مأمور قبل بخلوط من قوله لأن فيه شبهة البدلية فإنه يدل على أن ما فيه شبهة البدلية لا يعتبر فيها ، وشهادتها كذلك كما سيجىء وقضاؤها مستفاد من شهادتها (وليس للقاضي أن يستخلف على القضاء) بغير وبغيره (إلا أن يفوض إليه ذلك) لأن التقليد دون التقليد به (أى بالقضاء) فصار كالوكيل) لا يجوز له التوكيل إلا إذا فوض إليه ذلك (بخلاف المأمور بإقامة الجمعة حيث) يجوز له أن (يستخلف لأن أداء الجمعة على شرف القوات لتوقته) بوقت يفوت الأداء بانقضائه (فكان الأمر به من الخليفة إذنا له بالاستخلاف دلالة) لكن إنما يجوز إذا كان ذلك الغير سمع الخطبة لأنها من شرائط افتتاح الجمعة فلو افتتح الأول الصلاة ثم سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد جاز لأن المستخلف بان لا مفتتح . وأعرض بمن أفسد صلاته ثم افتتح بهم الجمعة فإنه جائز ، وهو مفتتح في هذه الحالة لم يشهد الخطبة . وأجيب بأنه لما صح شروعه في الجمعة وصار خافية للأول التحق بمن شهد الخطبة . وأرى أن إلحاقه بالباقي لتقديم شروعه في تلك

(قوله وقيل أراد به الحق) أقول : القتال صاحب النهاية وفيه تأمل (قال المصنف : بخلاف المأمور بإقامة الجمعة) أقول : قال في الكافي مطلقا . أى مطلقا عن الإذن بالاستخلاف .

ولا كذلك القضاء . ولو قضى الثاني بمحض من الأول أو قضى الثاني فأجاز الأول جاز كما في الوكالة ، وهذا لأنه حضره رأى الأول وهو الشرط ، وإذا فوّض إليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله إلا إذا فوّض إليه العزل هو الصحيح .

فكان المولى له آذناً في استخلافه دلالة بشرط أن يكون المستخلف سمع الخطبة ، أما إذا لم يكن سمعها فلا لأنها من شرائط افتتاح الجمعة ، بخلاف ما لو سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة حيث يجوز لأن المأمور هناك بان وليس بمفتتح ، والخطبة شرط الافتتاح وقد وجد في حق الأصل ، ولذا لو أفسدها هذا الخليفة واستفتح يجوز وإن لم يشهد الخطبة لأن شروعه فيها صحيح ، وبهذا الشروع التحق بمن شهد الخطبة حكماً ، وبخلاف المستعير فإن له أن يعبر بشرطه لأنه يملك المنافع لنفسه فكان له تملكها ، بخلاف ولاية القضاء فلأنها هي إذن في أن يعمل لغيره ، وهذا ما قالوا : من قام مقام غيره لغيره لا يكون له إقامة غيره مقام نفسه . ومن قام مقام غيره لنفسه كان له . وبخلاف الوصي يملك الإيصاء والتوكيل بطريق الدلالة أيضاً لأن ثبوتها بعد الموت ، وربما يعجز الوصي عن المباشرة بنفسه والموصى قدماء فلا يمكن رجعه إلى رأيه فتضمن الإيصاء الإذن بالاستخلاف . وقوله (ولو قضى الثاني بمحض من الأول أو قضى) بغيبته فإنه (فأجاز جاز كما في الوكالة) إذا وكل الوكيل غيره فتصرف بمحضه أو بغيبته فأجازه نفذ (لأنه حضره رأى الأول وهو الشرط) فإنه المقصود بتوكيله ، وتحقيق حاله أنه فضولى ابتداء وكيل انتهاء ، ولا يتمتع إذ قد يجوز في الانتهاء والبقاء ما لا يجوز في الابتداء خصوصاً وقد فرض زوال المانع من الصحة في الابتداء أو هو كونه ليس بما حضره رأيه (وإذا فوّض إليه) الاستخلاف (يملكه فيصير الثاني نائباً عن الأصل) يعني السلطان (حتى لا يملك الأول عزله) إلا إذا كان المقلد قال له ول من شئت واستبدل من شئت فحينئذ يملك عزله ، أو قال جعلتك قاضى القضاء فإن قاضى القضاء هو الذى يتصرف فيهم مطلقاً تقليداً وعزلاً ،

الصلاة أولى قتال : قوله ولا كذلك القضاء أى ليس القضاء كالجمعة لأنه غير موقت بوقت يفوت بالتأخير عند العذر ، فمن أذن بالجمعة مع علمه أنه قد يعرض له عارض يمنعه من أدائها في الوقت فقد رضى بالاستخلاف بخلاف القضاء (فلو) فرضنا أنه استخلف (قضى الثاني بمحض من الأول أو قضى الثاني) عند غيبة الأول (فأجازه الأول جاز) إذا كان من أهل القضاء (كما في الوكالة) فإن الوكيل إذا لم يؤذن له بالتوكيل فوكل وتصرف بمحضه الأول أو أجازه الأول جاز . وقوله (لأنه حضره رأى الأول) يصلح دليلاً للمستثنين ، أما في هذه المسئلة فلأن الخليفة رضى بقضاء حضره رأى القاضى وقت نفوذه لاعتاده على علمه وعمله ، والحكم الذى حضره القاضى أو أجازه قضاء حضره رأى القاضى فيكون راضياً به ؛ وأما في الوكالة فسيجىء في كتاب الوكالة قبل الإذن في الابتداء كالإجازة في الانتهاء فلم يختلفوا في الجواز وعلمه . وأجيب بالمتن فإن البقاء أسهل من الابتداء وأن الحكم الذى أذن له القاضى به في الابتداء قضاء لم يحضره رأى القاضى وكان رضا الخليفة بتولية القاضى مقيداً به (قوله وإذا فوّض إليه يملكه) أى إذا قال الخليفة للقاضى ول من شئت كان له أن يولى غيره (فيصير الثاني نائباً عن الأصل حتى لا يملك الأول عزله) لأنه صار قاضياً من جهة الخليفة فلا يملك الأول عزله إلا أن يقول واستبدل من شئت فيملك الأول عزله ، وهذا بناء على أن أمر القاضى لا يتعدى إلى غير ما فوّض إليه ، فإذا قال الخليفة ول من شئت واقصر على ذلك كان أمراً له بالتولية ، والعزل خلافه ، وإذا أضاف إلى

(قوله وأن الحكم الذى ألغى) أقول : التصويل على الجواب الثاني .

قال (وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع بأن يكون قولاً لادليل عليه . وفي الجامع الصغير : وما اختلف فيه الفقهاء فقاضي به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه)

وفيه خلاف الشافعي وأحمد (قوله وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه إلا أن يخالف الكتاب أو السنة) المشهورة (أو الإجماع بأن يكون قولاً لادليل عليه) وفي بعض نسخ القدوري : أو يكون قولاً للشيخ (وفي الجامع الصغير : وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه) قالوا : إنما أعاده لأن في عبارة الجامع فالتين ليست في القدوري : إحداهما تنقيده بالفقهاء ، أفاد أنه لو لم يكن عالماً بالخلاف لا يفتد . قال شمس الأئمة : وهو ظاهر المذهب وعليه الأكثر . والثانية تنقيده بكون القاضي يرى غير ذلك ، فإن القدوري لم يتعرض لهذا فيحتمل أن يكون مراده أنه إذا كان رأي في ذلك موافقاً لحكم الأول أمضاه ، وإن كان مخالفاً له لا يعضيه ، فأبانت رواية الجامع أن الإمضاء عام فيما سوى المستثنيات سواء كان ذلك مخالفاً لرأيه أو موافقاً : يعنى بالطريق

ذلك واستبدل من شئت كان أمراً له بهما فكانا له ، فإذا قال الخليفة لرجل جعلتك قاضياً القضاة كان إذا بالاستخلاف والزل دالة لأن قاضى القضاة هو الذى يتصرف فى القضاة تقليداً وعزلاً ، كذا فى الذخيرة . قيل ما الفرق بين الوصى والقاضى فإن كلا منهما مفوض إليه من جهة الغير والوصى يملك التفويض إلى غيره توكيلاً وإيصافاً ؟ وأجيب بأن أوان وجوب الوصاية ما بعد الموت ، وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع إلى الوصى فيكون الوصى له راضياً باستعانة غيره ، ولا كذلك القضاء . وقيل القاضي يملك التوكيل والإيصاف ولا يملك التقليد ، والتعليل المذكور فى التقايد يجرى فيها . وأجيب بأن المقلد يفعل ما يفعله الوكيل والوصى فيكون توقع الفساد فى القضاء أكثر . قال (وإذا رفع إلى القاضي حكم حاكم أمضاه الخ) إذا تقدم رجل إلى قاض وقال حكم على فلان القاضي بكذا وكذا فله إن لم يكن مخالفاً للكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمداً فإنه مخالف لقوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - أو السنة : أى المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثاً لأزوج الأول بمجرد النكاح بدون إصابة الزوج الثانى ، فإن اشتراط الدخول ثابت بمحدث العسيلة ، وقد ذكرناهما فى التقرير على ما ينبغى ، أو الإجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضي فى المجهد فيه ، أو يكون قولاً لادليل عليه قيل كما إذا مضى على الدين سنون فحكم بسقوط الدين عن عليه لتأخير المطالبة فإنه لادليل شرعى يدل على ذلك . وفى بعض النسخ بأن يكون وهو تعليل للاستثناء فكأنه يقول عدم تنفيذه إذا كان مخالفاً للأدلة المذكورة بسبب أن يكون قولاً بلا دليل . وفى الجامع الصغير : وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه . وفيه فالتدان : إحداهما أنه قيد بالفقهاء إشارة إلى أن القاضي إذا لم يعلم بموضع الاجتهاد فاتفق قضاؤه بموضع الاجتهاد لا ينفذه المرفوع إليه على قول العامة كذا فى الذخيرة . والثانية أنه قيد بقوله

(قوله فيكون الوصى له راضياً) أقول : كى لا تقوت مصالحه (قوله وقيل القاضي يملك الخ) أقول : المذكور فى الفتاوى أن القاضي لا يملك نصب الوصى إذا لم يكن ذلك مكتوباً فيمنشوه فلا يحتاج إلى الفرق (قوله والتعليل المذكور الخ) أقول : يبنى قوله لأنه قلل القضاء دون التقليد (قوله وهو تعليل للاستثناء) أقول : فيه بحث ، بل هو احتراز عن الأحكام المخالفة للكتاب أو السنة أو الإجماع ، لكنها مستندة إلى دليل قوى من تلك الثلاثة أيضاً . قال فى الكاوى : بأن يكون قولاً لادليل عليه أى لادليل يعضه عليه اه فتأمل (قوله إذا لم يعلم الخ) أقول : أنت غير بأنه دلالة عبارة الجامع على كونه عالماً بالخلاف ، لإتمامه أن ما اختلفت الفقهاء فيه ونفس الأمر فقضى القاضي بذلك الذى اختلف فيه عالماً بأنه خالف فيه أولاً ، فإنه أهم من كونه عالماً . ثم ربما يفيد كون الثانى عالماً بالخلاف وليس الكلام فيه بل فى القاضي الأول فتأمل .

الأولى ، ولا يخفى أنه لا دلالة في عبارة الجامع على كونه عالما بالخلاف ، وإنما مفاده أن ما اختلف فيه الفقهاء في نفس الأمر قضى القاضي بذلك الذى اختلف فيه عالما بأنه مختلف فيه ، أو غير عالم فإنه أعم من كونه عالما ، ثم جاء قاض آخر يرى خلاف ذلك الذى حكم به هذا أمضاء فرما يفيد أن الثانى عالم بالخلاف ، وليس الكلام فيه فإن هذا هو المنفذ والكلام في القاضي الأول الذى ينفذ هذا الآخر حكمه ، وليس فيه دليل على أنه كان عالما بالخلاف بطريق من طرق الدلالة . ثم في الجامع التنصيص على أنه ينفعه وإن كان خلاف رأيه ، وكلام القدورى يزيده أيضا فإنه قال : إذا رفع إليه حكم حاكم أمضاء وهو أعم ينتظم ما إذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا ، وإنما في الجامع التصوعية عليه إذا كان مخالفا . وقوله إلا أن يخاف الخ حاصله بيان شرط جواز الاجتهاد ، ومنه يعلم كون المحل مجتهدا فيه حتى تجوز مخالفته أو لا ، فشرط حل الاجتهاد أن لا يكون مخالفا للكتاب أو السنة : يعنى المشورة مثل « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فلو قضى بشاهد وبين لا ينفذ ويؤخذ على إمضاء قاض آخر ذكره في أقضية الجامع ، وفي بعض المواضع ينفذ مطلقا ، ثم يراد بالكتاب المجمع على مراده أو ما يكون مدلول لفظه ولم يثبت نسخه ولا تأويله بدليل مجمع عليه . فالأول مثل - حرمت عليكم أمهاتكم - الآية ، لو قضى قاض بحل أم امرأته كان باطلا لا ينفذ . والثانى مثل - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه - ولا ينفذ الحكم بحل متروك التسمية عمدا ، وهذا لا يضبط فإن النص قد يكون مؤولا فيخرج عن ظاهره ، فإذا امتنع بحاج بأنه مؤول بالمذبح للأضصاب أيام الجاهلية فيقع الخلاف في أنه مؤول أو ليس بمؤول ، فلا يكون حكم أحد المتناظرين بأنه غير مؤول قاضيا على غيره بمنع الاجتهاد فيه . ثم قد يرجع أحد القولين على الآخر بثبوت دليل التأويل فيقع الاجتهاد في بعض أفراد هذا القسم أنه مما يسوغ فيه الاجتهاد أو لا ، ولذا تمنع نحن نقاد القضاء في بعض الأشياء ويجوزونه وبالعكس ، ولقد نقل الخلاف في المحل عندنا أيضا وإن كان كثير لم يحكموا بالخلاف . ففي الخلاصة في رابع جنس من الفصل الرابع من أدب القاضي قال : وأما القضاء بحل متروك التسمية عمدا فمجتاز عندهما ، وعند أبي يوسف لا يجوز انتهى . وأما عدم تسويغ الاجتهاد بكونه مخالفا للإجماع وسواء كان ذلك على الحكم أو على تأويل المسمى أو بنقل عدم تسويغ فقهاء العصر لاجتهاده ، وذلك مثل اجتهاد ابن عباس رضى الله عنهما في جواز بيع الدرهم بالدرهمين لم يقبله الصحابة منه ، فلو قضى به قاض لا ينفذ حتى روى أنه رجع عنه ، وهذا هو مراد المصنف بقوله وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض ، ولا يعنى أنه لا يعتبر في انقضاء الإجماع بل لا يعتبر في جواز الاجتهاد ، ولم يرد بالبعض ما دون النصف أو ما دون الكل بل الواحد والاثنين وإلا لم يعتبر قضاء في محل مجتهد فيه أصلا ، إذ ما من محل اجتهاد إلا واحد الفريقين أقل من الفريق الآخر ، إذ لا يضبط تساوى الفريقين ولذا لم يمتلوه قط إلا بخلاف ابن عباس ونحوه ، وهو خلاف رجل واحد ، فالمراد إذا اتفق أهل الإجماع على حكم فخالفهم واجد لا يصير المحل بذلك محل اجتهاد حتى لا ينفذ القضاء بقول ذلك الواحد في مقابلة قول الباقيين ، ثم هذا أعم من كونهم سوغوا اجتهاده ذلك أو لا . والذي صححه شمس الأئمة واختاره أن الواحد المخالف إن سوغوا له

يرى غير ذلك إشارة إلى أن الحكم إذا لم يكن مخالفا للأدلة المذكورة ينفذ سواء كان موافقا لرأيه أو مخالفا ، فإنه إذا نفذ وهو مخالف لرأيه ففيما يوافقه أولى ، ورواية القدورى ساكتة عن الفائدتين جميعا .

(قوله ورواية القدورى الخ) أقول عبارة القدورى أعم تتناول ما إذا كان موافقا لرأيه أو مخالفا وليس في عبارة الجامع إلا للتنصيص على ما إذا كان مخالفا ، ويعلم حال الموافقة بالأدوية كما ذكره إلا أنه لا يثبت هذا القدر أولوية عبارة الجامع من عبارة القدورى .

اجتهاده لا يثبت حكم الإجماع ، وإن لم يسوغوا لا يصير المحل مجتهدا فيه . قال : وإليه أشار أبو بكر الرازي لأن ذلك كما قال المصنف خلاف لا اختلاف . ثم قال المصنف : المعتبر الاختلاف في المصدر الأول : يعني أن يكون المحل محل اجتهاد يتحقق الخلاف فيه بين الصحابة . وقد يحتمل بعض العبارات ضم التابعين ، وعليه فرع الخصاف أن للقاضي أن ينقض القضاء ببيع أم الولد لأنه مخالف لإجماع التابعين . وقد حكى في هذا الخلاف عندنا ، فقيل هذا قول محمد ، أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فيجوز قضاؤه ولا يفسخ . وفي التوازل عن أبي يوسف لا ينفذ القضاء به . فاختلفت الرواية عن أبي يوسف . وقال شمس الأئمة السرخسي : هذه المسئلة تنبئ على أن الإجماع المتأخر يرفع الخلاف المتقدم عند محمد . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يرفع : يعني اختلفت الصحابة في جواز بيعهن ، فمن على الجواز وعمر وغيره على منعه ، ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيعهن فكان قضاء القاضي به على خلاف الإجماع عند محمد فيطله الثاني . وعندهما لما لم يرفع اختلاف الصحابة توقع في محل الاجتهاد فلا ينقضه الثاني ، ولكن قال القاضي أبو زيد في التقيوم : إن محمداً روى عنهم جميعاً أن القضاء ببيع أم الولد لا يجوز ، فقد علمت ما هنا من تشعب الاختلاف في الرواية . وبناء على اشتراط كون الخلاف في المصدر الأول في كون المحل اجتهادياً قال بعضهم : إن للقاضي أن يطل ما قضى به القاضي المالكي والشافعي برأيه : يعني إنما يازم إذا كان قول مالك أو الشافعي وافق قول بعض الصحابة أو التابعين المختلفين فلا ينقض باعتبار أنه يختلف بين المصدر الأول لا باعتبار أنه قول مالك والشافعي ، فلم لم يكن فيها قول المصدر الأول بل الخلاف مقتضب فيها بين الإمامين للقاضي أن يطله إذا خالف رأيه . وعندى أن هذا لا يعمك عليه ، فإن صح أن مالكاً وأبا حنيفة والشافعي يجتهدون فلا شك في كون المحل اجتهادياً ولا فلا ، ولا شك أنهم أهل اجتهاد ورقة ، ولقد نرى في أثناء المسائل جعل المسئلة اجتهادية ، بخلاف بين المشايخ حتى ينفذ القضاء بأحد القولين فكيف لا يكون كذلك إذا لم يعرف الخلاف إلا بين هؤلاء الأئمة ، يؤيده ما في النخبة عن الحلواني أن الأب إذا خلع الصغيرة على صداقها ورآه خيراً لها بأن كانت لا تحسن العشرة مع زوجها فإن على قول مالك يصح ويزول الصداق عن ملكها ويبرأ الزوج عنه ، فإذا قضى به قاض نفذ . وفي حيض مناج الشريعة عن مالك فيمن طلقها قضى عليها ستة أشهر لم ترد ما فلانها تمتد بعده بثلاثة أشهر ، فإذا قضى بذلك قاض ينبغي أن ينفذ لأنه مجتهد فيه ، إلا أنه نقل مثله عن ابن عمر قال : وهذه المسئلة يجب حفظها لأنها كثيرة الوقوع . ثم ذكر في المنتقى أن العبرة بكون المحل مجتهداً فيه اشتباه الدليل لاحقيقة الخلاف . قال : ألا ترى أن القاضي إذا قضى بإبطال طلاق المكروه نفذ لأنه مجتهد فيه لأنه موضع اشتباه الدليل إذ اعتبار الطلاق بسائر تصرفاته بنى حكمه ، وكذا لو قضى في حد أو قصاص بشهادة رجل وامرأتين ثم رفع إلى قاض آخر يرى خلاف ذلك ينفذه ، وليس طريق القضاء الأول كونه في مختلف فيه ، وإنما طريقه أن القضاء الأول حصل في موضع اشتباه الدليل لأن المرأة من أهل الشهادة ، إذ ظاهر قوله تعالى - فرجل وامرأتان - يدل على جواز شهادتهما مع الرجال مطلقاً وإن وردت في المدانة لأن العبرة لعموم اللفظ ، ولم يرد نص قاطع في إبطال شهادة النساء في هذه الصورة ، ولو قضى بجواز نكاح بلا شهود نفذ لأن المسئلة مختلف فيها ، فمالك وعثمان البقي يشترطان الإعلان لا الشهود ، وقد اعتبر خلافهما لأن الموضع موضع اشتباه الدليل ، إذ اعتبار النكاح بسائر

والأصل أن القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه

التصرّفات يقتضي أن لا تشترط الشّادة انتهى . ولا يخفى أنه إذا كانت معارضة المعنى للدليل السعوى النصّ توجب اشتباه الدليل فيصير المحل محل اجتهدا بنقد القضاء فيه ، فكل خلاف بين الشافعي ومالك أو بيننا وبينهم أو أحدهم محل اشتباه الدليل حيث لا يخلو عن مثل ذلك فلا يجوز نقضه من غير توقف على كونه بين الصلح الأول ، ولا بأس بذكر مواضع نص فيها أهل المذهب بعينها إذا قضى القاضي بالقصاص يحلف المدعى أن فلانا قتله وهناك لوث من عداوة ظاهرة كقول مالك لا ينفذ لخالفه السنة المشهورة « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » مع أن معه ظاهرا في حديث عبيصة وحويصة نذكره في القسامة إن شاء الله تعالى رب العالمين . ولو قضى محل المطلقة ثلاثا بمجرد عقد الثاني بلا دخول كقول سعيد بن المسيب لا ينفذ لذلك أيضا وهو حديث العسيلة . وفي السير من الجامع الكبير : إذا قضى أن الكفار ما يملكون ما استولوا عليه لا ينفذ لأنه لم يثبت في ذلك اختلاف الصحابة ، ولو قضى بشهادة الزوج لزوجته نفذ . وفي الفصول نقلا عن فتاوى رشيد الدين : الزوج الثاني إذا طلقها بعد الدخول ثم تزوجها ثانيا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول فزوجها الأول قبل انقضاء العدة وحكم الحاكم بصحة هذا النكاح ينفذ لأن للاجتهاد فيه مساعا وهو صريح . ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تمتلونها - وهو أيضا مذهب زفر . ولو قضى في المأذون في نوع أنه مأذون فيه فقط كذهب الشافعي يصير متفقا . ولو قضى بنصف الجهاز قيمن طلقت قبل الدخول وقد قبضت المهر فتجهزت لا ينفذ لأنه خلاف الجهور ، وينفذ القضاء بجواز بيع المبر . ولو قضى بعدم جواز عفو الزوجة عن دم المعد بناء على قول البعض أنه لاحق لما في القصاص لا ينفذ . ولو زنى بأمراته فقضى بإقرار البتّ معه نفذ . وحكي في الفصول فيما إذا زنى بأمرأة ثم تزوج بنتها فقضى بجوازه خلافا عند أبي يوسف لا ينفذ للنص عليه ، وعند محمد يجوز ، وبصحة السلم في الحيوان ينفذ ، وينفذ بالقرعة في رقيق أعتق الميت واحدا منهم وبالشهادة لأبيه ، وعكسه ينفذ عند أبي يوسف ولا ينفذ عند محمد ، وبالشهادة على الشهادة فيما دون مدة السفر نفذ وبشهادة شهود على وصية محتومة من غير أن يقرأها عليهم الميت أمضاه الآخر وبصحة النكاح الموقت بأيام نفذ ولو عقدا موقتا بلفظ المتعة نحو متمتع بنفسك عشرة أيام لا ينفذ . ولو قضى برّد زوجته بالمعيب من العمى والجنون نفذ لأن عمر رضي الله عنه يقول بردها بالمعيب الخمسة ، وكذا بصحة رد الزوجة له . ولو قضى بسقوط المهر بالتقادم بلا إقرار ولا بينة لم ينفذ ، وكذا إذا قضى أن لا يرث رجل العنين . هذا في القضاء بالمجتهّد فيه . أما إذا كان نفس القضاء مجتهدا فيه فهذه فريعات منه ، وأصله أن الخلاف إذا كان في نفس القضاء والواقع توقف على إمضاء قاض آخر فإن أمضاه ليس للثالث نقضه لأن قضاء الثاني هو الذي وقع في مجتهّد فيه : أعنى قضاء الأول . وعليه فرع إذا قضى بالحجر على المسد للفساد لا ينفذ لتحقيق الخلاف في القضاء فيتوقف على إمضاء قاض آخر ، وقيل أن قضيه الثاني نقضه لأنه ليس قضاء في مجتهّد فيه ، وكذا لو قضى لأمراته بشهادة رجلين فالقاضي الثاني مخير بين أن يميزه أو يريده لأن الخلاف وقع في نفس القضاء ، ومنه ما لو قضى المحدود أو الأعمى . وأما قضاء السلطان في أمر فالأصح أنه ينفذ ، وقيل لا ينفذ : فعلى القول بأنه لا ينفذ يحتاج في نفاذه إلى أن ينفذه قاض آخر . وقيل في مسئلة الحجر في صحة نقض الثاني أن قضاء الأول ليس بقضاء لعلم المقتضى له وعليه نفذ قضاء الثاني بإطلاقه عن الحجر (قوله والأصل) حاصله توجيه

(والأصل) في تنفيذ القاضي ما يرفع إليه إذا لم يكن مخالفا للأدلة المذكورة (أن القضاء متى لاقى فصلا مجتهدا فيه)

ينفذه ولا يردّه غيره ، لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول ، وقد يرجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه (ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً للمذهب نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإن كان عامداً فيه روايتان) ووجه النفاذ

أن القاضي الثاني ينفذ خلاف رأيه في المرفوع إليه وهو أن اجتهاد الثاني في البطلان كاجتهاد الأول في الصحة مثلاً فتعارض اجتهاداهما وترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقضه الثاني باجتهاد هو دونه (قوله ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً للمذهب نفذ عند أبي حنيفة) رواية واحدة (وإن كان عامداً فيه روايتان) عنه (وجه النفاذ أنه ليس بخطأ ييقن) لأن رأيه يحتمل الخطأ وإن كان الظاهر عنده الصواب ، ورأى غيره يحتمل الصواب وإن كان الظاهر عنده خطأه فليس واحداً منهما خطأ ييقن ، فكان حاصله قضاء في محل مجتهد فيه فينفذ . وجه عدم النفاذ أن قضاءه مع اعتقاده أنه غير حقيق فلا يعتبر كمن اشتبهت عاينه القبلة فوقع تحريه إلى جهة فصل إلى غيرها لا يصح لا اعتقاده خطأ نفسه ، فكذا هذا ، وبه أخذ شمس الأئمة الأوزجندى . وبالأول أخذ الصدر الشهيد وفرع بعضهم عليه أن ما يفعله القضاء من الإرسال إلى الشافعي ليحكم ببطلان العيين المضافة لا يجوز إلا بشرط كون القاضي المرسل يرى بطلانه كالشافعي وإلا كان مقلداً لغيره ليفعل ما هو الباطل عنده وهو باطل . قال الشيخ أبو المنين : هذا خلاف ما عليه السلف ، فلهم كانوا يتقلدون القضاء من الخلفاء ويرون ما يحكمون به نافذاً وإن كان مخالفاً لرأى الخلفاء انتهى . وأؤكد الأمور في هذا حكم شريح بما يخالف رأى على كثيراً وهو يعلم ويوافقه كما علم في رده شهادة الحسن له وعبرقله ، فقيل صبح عن عمر رضى الله عنه أنه قلده أبا البرداء القضاء فاختصم إليه رجلان فقضى لأحدهما ثم نى المضى عليه عمر فسأله عن حاله فقال : قضى على فقال : لو كنت مكانه قضيت لك ، قال : فما يمنعك ؟ فقال عمر : ليس هنا نص والرأى مشترك وغير ذلك . وتحقيقه أن القاضي المرسل

ينفذ ولا يردّه غيره لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول (في أن كلا منهما يحتمل الخطأ) وقد ترجح الأول باتصال القضاء به فلا ينقض بما دونه (دوجة وهو ما لم يتصل القضاء به . ولقائل أن يقول : القضاء في المجتهد فيمضّر على رأى المجتهد فكيف يصلح الفرع مرجحاً لأصله . ويمكن أن يجاب عنه بأن الفرع لا يصلح مرجحاً لأصله من حيث هو منه أو مطلقاً . والثاني ممنوع فإنه يجوز أن يكون مرجحاً لأصله من حيث بقاء الأصل عند وجود ما يرفعه من أصل بلا فرع ، إذ الشيء المساوى للشيء في القوة لا يرفع ما يساويه فيها مع شيء آخر ، ولأول مسلم وليس الكلام فيه ، ويؤيده ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه لما شغله أشغال المسلمين استعان يزيد بن ثابت رضى الله عنه ، فقضى زيد بين رجلين ثم لى عمر رضى الله عنه أحد الخصمين فقال : إن زيدا قضى على يا أمير المؤمنين ، فقال له عمر : لو كنت قضيت لك ، فقال : ما يمنعك يا أمير المؤمنين الساعة ؟ فاقضى لى فقال عمر : لو كان هنا نص آخر لقضيت لك ، ولكن هاهنا رأى والرأى مشترك (ولو قضى القاضي في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه ناسياً للمذهب نفذ عند أبي حنيفة رحمه الله ، وإن كان عامداً فيه روايتان . ووجه النفاذ) وهو دليل التيسار أيضاً

(قوله لأن اجتهاد الثاني كاجتهاد الأول الخ) أقول : وفيه أن اعتقادنا للمذهب الغير أنه خطأ يحتمل الصواب ، ومنهجا صواب يحتمل الخطأ فلا يكون الثاني كالأول عندنا (قوله ويؤيده ما روى عن عمر الخ) أقول : قال الجزيلي : وقد صبح أن عمر لما كثرت أشغاله قلده القضاء أبا البرداء وساق القصة (قال المصنف : وإن كان عامداً فيه روايتان) أقول : قال التتسي في التكاثر وفي الصبرى : إذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يرى ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند أبي حنيفة وعليه الفتوى اهـ . قال ابن الحسام : للوجه بهذا الزمان أن يفتى بقوله لأن التتارك للمذهب محمداً لا يفيض إلا لغيره باطل لا لغيره جليل ، ثم قال : وأما الناس فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمنعه لا بمنع غيره ، وهذا

أنه ليس بخطأ ييقن ، وعندها لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده وعليه الفتوى ، ثم المجهّد فيه أن لا يكون مخالفا لما ذكرنا . والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلافاً وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصلح الأول .

يقطع بأن ما يفعله القاضي المرسل إليه مأمور به من عند الله ، فظنه بطلانه معناه ظنه عدم مطابقة حكم الله الثابت في نفس الأمر ، لكن القطع بأن المكلف ليس إصابتة ذلك بل العمل بمقتضاه ، وإن خالف حكمه تعالى فقد أوجب عليه أن يعمل بخلاف حكمه تعالى فكان إرسال الحنفى إليه إرسالاً لأن يحكم بما أمره الله تعالى ، ولا جناح عليه في ذلك مع علمه أن الله جوزه له أن يقول هذا القول وأن يعمل به من أفتاه به أو حكم به عليه . واقتصار المصنف على وجه النفاذ دليل أنه المرجح عنده . هذا عند أبي حنيفة (وعندها لا ينفذ في الوجهين) يعنى وجه النسيان والعهد (لأنه قضى بما هو خطأ عنده) وقد تضمن وجه أبي حنيفة جوابه ييسر تأمل ، ومع

بطريق الأولى (أنه ليس بخطأ ييقن) انكونه مجتهداً فيه ، وما هو كذلك فالحكم به نافذ كعامة المجتهدات . ووجه علمه أنه زعم فساد قضائه وهو مؤاخذ بزعمه (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا ينفذ في الوجهين لأنه قضى بما هو خطأ عنده) فيعمل به بزعمه قال المصنف (وعليه الفتوى) قال (ثم المجهّد فيه أن ما لا يكون مخالفاً لما ذكرنا) لما ذكر أن حكم الحاكم في محل مجتهد فيه ماض أراد أن يبين المجتهد فيه فقال ثم المجهّد فيه لا يكون مخالفاً لما ذكرنا من الكتاب والسنة المشهورة والإجماع فإذا حكم حاكم بخلاف ذلك ورفع إلى آخر لم ينفذه بل يبطله حتى لو نفذ ثم رفع إلى قاض ثالث نقض لأنه باطل وضلال والباطل لا يجوز عليه الاعتدال ، بخلاف المجتهد فيه فإنه إذا رفع إلى الثاني نفذته كما مر ، فإن نقضه فوقع إلى ثالث فإنه ينفذ القضاء الأول ويبطل الثاني ، لأن الأول كان في محل الاجتهاد وهو نافذ بالإجماع ، والثاني خالف للإجماع وخالف الإجماع باطل لا ينفذ ، والمراد من مخالفة الكتاب مخالفة نص الكتاب الذي لم يختلف السلف في تأويله كقوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء - فإن السلف اتفقوا على عدم جواز تزوج امرأة الأب وجاريته التي وطئها الأب ، فلو حكم حاكم بجواز ذلك نقضه من رفع إليه (والمراد بالسنة المشهورة منها) كما ذكرنا (والمراد بالمجمع عليه ما اجتمع عليه الجمهور) أى جلّ الناس وأكثرم (ومخالفة البعض غير معتبرة لأن ذلك خلافاً لاختلاف) فعلى هذا إذا حكم الحاكم على خلاف ما عليه الأكثر كان حكمه على خلاف الإجماع نقضه من رفع إليه ، وينبغي أن يحمل كلام المصنف هذا على ما إذا كان الواحد المخالف ممن لم يسوغ اجتهد ذلك كقول ابن عباس في جواز ربا الفضل فإنه لم يسوغ له أحد ذلك فلم يتبعه وأنكروا عليه ، فإذا حكم حاكم بجواز ذلك وجب نقضه لأن الإجماع معتدل على الحرمة بدونه ، فأما إذا سوغ له ذلك لم يعتد الإجماع بدونه كقول ابن عباس رضى الله عنهما في اشتراط حجب الأم من الثلث إلى السادس بالمجمع من الإخوة وفي إعطائها ثلث الجميع بعد فرض أحد الزوجين ، فإن حكم به حاكم لم يكن مخالفاً للإجماع ، وهذا هو المختار عند شمس الأئمة ، ولعله اختار المصنف ولا يعمل على قول من يرى أن خلافاً الأقل غير مانع لانعقاده لأنه ليس بصحيح عند عامة العلماء (قوله والمعتبر الاختلاف في الصلح الأول) معناه أن

كله في القاضي المجتهد ، وأما المقلد ، فإنما ولاه ليحكم بلحظ أبي حنيفة فلا يملك مخالفة فيكون مزموا بالنسبة إلى ذلك الحكم اهـ (قوله بطريق الأول) أقول : وجه الأولوية أن التمسك يكون طوى باطل بخلاف النسيان .

قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم: فهو في الباطن كذلك عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا قضى بإحلال ، وهذا

ذلك ذكر المصنف كصاحب المحيط الفتوى على قولهما . وذكر في الفتاوى الصغرى أن الفتوى على قول أبي حنيفة فقد اختلف الفتوى . والوجه في هذا الزمان أن يبقى بقولهما لأن التارك للمذهب عبدا لا يغله إلا هوى باطل لا يقصد جميل . وأما الناس فلأن المقلد ما قلده إلا ليحكم بمذهبه لا بمذهبه غيره ، وهذا كله في القاضي المجتهد . فأما المقلد فإنما ولاه ليحكم بمذهب أبي حنيفة مثلاً فلا يملك المخالفة فيكون معزولاً بالنسبة إلى ذلك الحكم . وهذا وفي بعض المواضع ذكر الخلاف في حل الإقدام على القضاء بخلاف مذهبه . وقال : وجه من قال بالجواز أن القاضي مأمور بالمشاورة وقد تقع على خلاف رأيه . وجه المنع قوله تعالى : وأن احكم بينهم بما أنزل الله - الآية . واتباعه غير رأيه اتباع هوى غيره : والوجه الصحيح أن المجتهد مأمور بالعمل بمقتضى ظنه لإحاءة ، وهذا بخلاف مقتضى ظنه وعمله هنا ليس إلا قضاؤه ، بخلاف المرسل إلى من يرى خلاف رأيه ليحكم هو فإنه لم يحكم فيه بشيء . هذا ومن تنمة العين المضافة أنه إذا فسخ العيين المضافة بعد التزوج لا يحتاج إلى تجديد العقد ، ولو وطئها الزوج بعد النكاح قبل الفسخ ثم فسخ حكمي عن برهان الأئمة يكون الوطء حلالاً ، ولو كانت العيين كل امرأة أتر زوجها فتزوج امرأة وفسخت العيين ثم تزوج بأخرى هل يحتاج إلى الفسخ في كل امرأة ؟ ذكر فيه خلاف عند أبي يوسف يحتاج وعند محمد لا . وفي المتن ذكر أن عند أبي حنيفة يحتاج وعند أبي يوسف لا يحتاج . واختلف فيه المشايخ أيضاً . وحيلة أن لا يحتاج في كل امرأة أن يقضى القاضي عند تزوج امرأة يطلان العيين الواقعة مطلقاً من غير قيد فسخها في حق تلك المرأة ، وسند ذكر في أمر الفتوى فيها كلاماً آخر في باب التحكيم (قوله وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك) أي هو عند الله حرام وإن كان الشهود الذين قضى بهم كذبة والقاضي لا يعلم ذلك (وكذا إذا قضى بإحلال) يكون حلالاً عند الله تعالى وإن كان بشهادة الزور (وهذا) عند أبي حنيفة وهو مشروط

الاختلاف الذي يجعل المحل مجتهداً فيه هو الاختلاف الذي كان بين الصحابة والتابعين لا الذي يقع بعدهم ، وعلى هذا إذا حكم الشافعي أو المالكي برأيه بما يخالف رأى من تقدم عليه من المصدر الأول ورفع ذلك إلى حاكم لم ير ذلك كان له أن يقضه . قال (وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم الخ) كل ما قضى به القاضي بتحريمه في الظاهر : أي فيما بينا فهو في الباطن : أي عند الله حرام ، وكذا إذا قضى بإحلال لكن بشرط أن تكون الدعوى بسبب معين كتنكاح أو بيع أو طلاق أو عتاق لآفي الأملاك المرسلة وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة الزور ، فن العقد ما إذا ادعى على امرأة نكاحاً وأنكرت فأقام عليها شهادتي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للرجل وطؤها وحل للمرأة للمكثين منه على قول أبي حنيفة . وهو قول أبي يوسف الأول خلافاً لمحمد وزفر والشافعي وهو قول أبي يوسف الآخر ، وكذا إذا ادعت على رجل وأنكر . ومنها ما إذا قضى بالبيع بشهادة الزور سواء كانت الدعوى من جهة المشتري مثل أن قال بعض هذه الجارية أو من جهة البائع مثل أن يقول اشتريت مني هذه الجارية فإنه يحل للمشتري وطؤها في الوجهين جميعاً سواء كان القضاء بالنكاح بحضور من يصلح شهادته فيه وبالبائع بشمن قيمة الجارية أو بأقل مما يتباين فيه الناس أولاً عند بعض المشايخ لأن الشهادة شرط لإنشاء النكاح قصداً والإنشاء هاهنا ثبت اقتضاء فلا تشترط الشهادة وأن البيع بغبن فاحش مبادلة ولهذا يملكه العبد المأذون له والمكاتب وإن لم يملكوا التبرع فكان كسائر المبادلات . وقال بعضهم : إنما ثبت النكاح

إذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضى فى العقود والقسوخ بشهادة الزور وقسمت فى النكاح .

بما (إذا كانت الدعوى بسبب معين) للحل والحرمه كالبيع والنكاح والطلاق ، وهذه المسئلة هي التي تقدمت فى النكاح المنعونه بأن القضاء بالعدو والقسوخ بشهادة الزور بغير علم القاضى نافذ عند أبى حنيفة باطنا خلافا لصاحبيه وبابى الأئمة . ومن المثل : ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي جاحدة وأقام بينة زور قضى بالنكاح بينهما حل للمدعى وطوها ولها التحكيم خلافا لم ، وكذا إذا ادعت نكاحا على رجل وهو يحمده ، ومنها قضى ببيع أمة بشهادة زور بأن ادعى على رجل أنه باعها منه أو أنك اشتريتها حل للمنكر وطوها إذا قامت البينة الزور وقضى بها ، وكذا فى القسوخ والبيع والإقالة . وفى اللعبة روايتان . ومنها ادعت أن الزوج طلقها ثلاثا وهو ينكر فأقامت بينة زور قضى بالفرقة فتزوجت بآخر حل له وطوها عند الله تعالى وإن علم بحقيقة الحال ، ولا يحمل عند الأئمة إذا كان عالما بكذب الشهود . ومن صور التحريم : صبي وصبيبة سببا فكبرا واعتقا ثم تزوج أحدهما بالآخر فجاء حربى مسلما وأقام بينة أنهما ولدها قضى القاضى بينهما بالفرقة ، فإن رجح الشهود أوتيت أنهم شهود زور لا يحمل للزوج وطوها عنده لأن القضاء بالحرمه نفذ باطنا وظاهرا . وعند هذا الفرع مع أبى حنيفة لأنه لا يعلم حقيقة كذب الشهود ، وأجمعوا فى الأملاك المرسلة عن تعيين سبب أنه لا يحمل باطنا ، والوجه فى الأصل . والفرق تقدم قبيل باب الأولياء والأكفاء ، ومن الأوجه لأبى حنيفة أنه لو فرق بينهما بأمر الزوج نفذ ظاهرا وباطنا فبأمر الله أولى ، والقاضى أمور بذلك منه جل وعلا . وأما الاستشهاد بتفريق المتلاعنين بنفذ باطنا وإن كان أحدهما كاذبا فليس بشيء . وفى الخلاصة : وأجمعوا على أنه لو أقر بالطلاق الثلاث ثم أنكر وحلف قضى له بها لا يحمل وطوها ، وأن الشهود لو ظهر وأعيدا أو كفرا أو محدودين لا ينفذ باطنا . وفيها رجل قال لامرأته أنت طالق البتة ونوى واحدة بائنة أو رجعية قضى القاضى بأنها ثلاثا أخذا بقول على "نفذ القضاء ظاهرا وباطنا ، ثم بعد ذلك إن كان الزوج عتيدا بيق رأتى القاضى عند محمد ، وعند أبى يوسف يبيع رأتى القاضى إن كان مقضيا عليه ، وإن كان مقضيا له يتبع أشد الأمرين عليه ، وإن كان عاميا فإن استغنى فأتاه به المفتى صار كالنايت بالاجتهاد عنده

والبيع إذا كان القضاء بمحض من الشهود لأنها شرط صحة العقد ولم يكن البيع بغبن فاحش لأن القاضى يصير منشئا وإنما يصير منشئا فيها له ولاية الإنشاء وليس له ولاية البيع بغبن فاحش لأنه تبرع . ومن القسوخ ما إذا ادعى أحد المتعاقدين فسخ العقد فى الجارية وأقام شاهدى زور ففسخ القاضى حل للبائع وطوها . ومنها ما إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت شاهدى زور وقضى القاضى بالفرقة وتزوجت بزواج آخر بعد انقضاء العدة حل للزوج الثانى وطوها ظاهرا وباطنا علم أن الزوج الأول لم يطلقها بأن كان أحد الشاهدين أو لم يعلم بذلك ، وقالا : إن كان عالما بحقيقة الحال لا يحمل له ذلك الوطء لأن الفرقة عندهما لم تقع باطنا ، وإن لم يعلم بها حل له ذلك ، وأما الزوج الأول فلا يحمل له الوطء عند أبى يوسف آخرها وإن كانت الفرقة لم تقع باطنا ، لأنه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيمحدونه . وذكر شيخ الإسلام أن على قول أبى يوسف الآخر يحمل وطوها سرا ، وعلى قول محمد يحمل للزوج وطوها مالم يدخل بها الثانى ، فإذا دخل بها لا يحمل سواء علم الثانى بحقيقة

(قوله لأن القاضى يصير منشئا) أقول : الظاهر أن يقال منى* (قوله لأنه تبرع) أقول : لى من وجه (قوله فإذا دخل بها لا يحمل) أقول : بوجود العدة كالنكحة إذا وضعت بشجة .

قال (ولا يقضى القاضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه) وقال الشافعى رحمه الله : يجوز لوجود الحجة وهى البينة فظهر الحق . ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة ، ولا منازعة دون الإنكار ولم يوجد ،

وإن لم يستفت أخذ بما قضى به انتهى . والوجه عندى قول محمد . لأن اتصال القضاء بالاجتهاد الكائن للقاضى يرجعه على اجتهاد الزوج والأخذ بالراجح متعين ، وكونه لا يراه حلالا إنما ينمعه من قربان قبل القضاء ، أما بعده وبعد نفاذه باطنا كما فرضت المسئلة فلا (قوله ولا يقضى القاضى على غائب إلا أن يحضر من يقوم مقامه ، وقال الشافعى يجوز) إذا كان غائبا عن البلد أو فيها وهو مستتر قولاً واحداً وهو قول مالك وأحمد ، وإن كان فى البلد غير مخنف فله قولان أحصهما لا يحكم عليه بدون حضوره وهو قول مالك . والفرق أن فى المستتر تضييع الحقوق لو لم يحكم وفى غيره لا . احتجوا بقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » فاشترط حضور الخصم زيادة عليه بلا دليل . ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لعلى « حين استقضاه على اليمين » لا تنقض لأحد الخصمين بشئ حتى تسمع كلام الآخر » وقدمناه من رواية أبى داود وغيره وتصحيحه وتحسينه ، فعلم أن جهالة كلامه مانعة من القضاء ، وذلك ثابت مع غيبته وغيبته من يقوم معه ، ولأن حجية البينة على وجه يوجب العمل بها ، وقوف على عجز المنكر عن الدفع والطمع فيها ، والعجز عنه لا يعلم إلا مع حضوره أو نائبه . ولأن شرط العمل بها الإنكار حتى لا تسمع على مقر ، ولا يقضى بها إذا اعترض الإقرار قبل القضاء وبغيته يغوت

الحال أو لم يعلم . قال (ولا يقضى القاضى على غائب الخ) القضاء على الغائب وله عندنا لا يجوز إلا إذا حضر من يقوم مقامه . وقال الشافعى : إن غاب عن البلد أو عن مجلس الحكم واستمر فى البلد جاز ، وإلا لا يصح فى الأصح لأن فى الاستمرار تضييعاً للحقوق دون غيره ، واستدل بأن ثبوت القضاء بوجود الحجة وهى البينة ، فإذا وجدت ظهر الحق فيحل للقاضى العمل بمقتضاها . ولنا أن العمل بالشهادة لقطع المنازعة لأن الشهادة خبر يحتل الصدق والكذب ، ولا يجوز بناء الحكم على الدليل المحتمل إلا أن الشرع جملة حجة ضرورة قطع المنازعة ، ولهذا إذا كان الخصم حاضراً وأقر بالحق لأحاجة إليها ولا منازعة إلا بعد الإنكار ولم يوجد ، فإن قال قد علم بالشهادة بدون الإنكار إذا حضر الخصم وسكت . أجب بأن الشرع أنزله منكراً حملاً لأمره على الصلاح ، إذ الظاهر من حال المسلم أن لا يسكت إن كان عليه دين أو رفعاً لظلمه إن أراد بسكوته توقيف حال المدعى عن سماع الحجة فكان الإنكار موجوداً حكماً ، وإن قال سامناً أن لا منازعة إلا بالإنكار أمكنه موجود ظاهراً فيما نحن فيه فإن الأصل عدم الإقرار ، إذ الأصل فى البد الملك . قلنا : ممنوع ، فإن الظاهر من حالة الإقرار لأن المدعى صادق ظاهر الوجود ما يصره عن الكذب من العقل والدين فهو لا يترك الإقرار لعقله ودينه أيضاً . وإن قال لو أنكر ثم غاب كان الواجب سماع الحجة وليس كذلك . قلنا إذا كانت شرطاً فللازمة ممنوعة لأن وجود الشرط لا يستلزم وجود الشروط ، وسأيت له جواب آخر . وإن قال وقف الحكم على حضور الخصم غير مفيد بعد ظهور الحق بالبينة لأنه إن حضر فأقر لزم الدعوى وإن أنكر فكنك . فالجواب بأن النزاع فى ظهور الحق بالبينة فإنه عندنا لا يظهر بها إلا بالنزاع ، وبأنه مفيد لاحتال أن يطمع فى الشهود ويثبت أو يسلم الدعوى ويدعى الأداء ويثبت ، أو يقر قبل القضاء بالبينة فيبطل الحكم بالبينة ، ووقوع ذلك بعد الحكم ممكن وفيه إبطاله ، وصون الحكم عن البطلان من

(قوله قلنا إذا كانت شرطاً الخ) أقول : فيه تأمل ، ثم الظاهر أن يقال : إذا كان بدله قوله إذا كانت (قوله وبأنه مفيد الخ) أقول : ومن هذا يعلم وجه ما يفعله قضاة زماننا حيث يرسلون المدعى عليه إلى القاضي الكاتب إذا طلب ذلك منهم .

ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم فيشتهيه وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة ، ولو أنكر ثم غاب فذلك لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء ، وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله ، ومن يقوم مقامه قد يكون نائباً بإنابته كالوكيل

العلم بوجود شرط العمل بها وهو الإنكار ، وما لم يعلم بوجود الشرط لا يحكم بشيئ من الشروط وهو صحة الحكم ، ولا يكتفى في الحكم بشيئ من كونه الأصل لأنه يترتب عليه وجود أمر فلا بد من ثبوت وجوده ، ولذا قلنا جميعاً فحين قال لعبد إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فضى اليوم وقال السيد دخلت وقال العبد لم أدخل لا يحكم بوجود العتق لوجود الشرط بناء على أن الأصل عدم الدخول لما ذكرنا أنه جعل شرطاً لحدوث أمر آخر فلا يحكم بوجوده

أجل الفوائد (قوله ولأنه يحتمل الإقرار الخ) دليل آخر على المطلوب ، والضمير الشأن . ويجوز أن يتنازع أن ويشبه في وجه القضاء وأعمال الثاني ؛ ومعناه أن الشأن يحتمل الإقرار والإنكار ، أو وجه القضاء يحتملها من الخصم فيشتهيه على الحاكم وجه القضاء لأن أحكامهما مختلفة . فإن حكم القضاء بالينة وجوب الفيان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة . وقد تقدم في أول باب الاستحقاق من البيوع أن الرجل إذا اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالينة فإنه يأخذها ووالدها . وإن أقر بها الرجل لم يأخذ ولدها لأن البينة حجة مطابقة كاسمها ، بينة فيظهر ملك الجارية من الأصل فيكون الولد متفراً عن جارية مملوكة للمستحق ولهذا ترجع الباعة بعضهم على بعض ، بخلاف الحكم بالإقرار فإنه حجة قاصرة لانعدام الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض ، فإن استدل الخصم بقوله عليه الصلاة والسلام « البينة على المدعى » فإنه لا يفضل بين كون الخصم حاضراً أو غائباً ، أو بحديث هند حيث قالت « يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكتفيني وولدي ، فقال : خذني من مال أبي سفيان ما يكتفيك ولولك بالمعروف » فقد قضى عليه بالنفقة وهو غائب . أجباً عن الحديث الأول بأنه يدل على أن من ادعى شيئاً فعليه إقامة البينة ، وهو مع كونه متروك الظاهر لأن الخصم إذا أقر ليس على المدعى إقامة البينة ليس بمحل للنزاع ، وإنما النزاع في أن القاضي هل يجوز له أن يحكم على الغائب أو لا ، وليس فيه ما يدل على نفي أو إثبات ، وقد قام الدليل على نفيه وهو قوله صلى الله عليه وسلم « أهلك حين بعته إلى الذين » لا تنقص لأحد الخصمين بشيء حتى تسمع كلام الآخر ، فلذلك إذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي ، رواه الترمذي وقال : هذا حديث حسن . وعن حديث هند بأنه عليه الصلاة والسلام كان عالماً باستحقاق النفقة على أبي سفيان ، ألا ترى أنها لم تقم البينة (قوله لو أنكر ثم غاب فذلك) يعني لا يقضي القاضي في غيبته وإن وجدته الإنكار ، وكلنا إذا أنكر وسمعت البينة ثم غاب قبل القضاء (لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء) لأن البينة إنما تصير حجة بالقضاء وهو الجواب الموعود بقولنا سابقاً (وفيه خلاف أبي يوسف) فإنه يقول : الشرط الإصرار على الإنكار إلى وقت القضاء وهو ثابت بعد غيبته بالاستصحاب . وأوجب بأن الاستصحاب يصلح للرفع لا للإثبات . قال (ومن يقوم مقامه الخ) لما ذكر أن القضاء على الغائب لا يجوز إلا أن يحضر من يقوم مقامه بين ذلك . واعلم أن قيام الحاضر مقام الغائب إما أن يكون بفعل فاعل أو يكون حكماً شرعياً . والأول

(قوله والضمير الشأن) أقول : فيه بحث ، فإن الجملة بعده تحتمل ضميره إلا أن يراد بضمير الشأن ما هو المصطلح (قوله ويجوز أن يتنازع أن ويشبه الخ) أقول : وأنى يفسره في الأول ، والإصرار قبل الذكر جائز في باب التنازع ، إلا أن جواز تنازع الحرف والفعل في اسم بعدهما يحتاج إلى البيان (قوله وعن حديث هند الخ) أقول : ولأنه لم يكن قضاء وإتماماً كما فسر (قوله وفيه خلاف أبي يوسف الخ) أقول : وفيه تأمل (قوله واعلم أن قيام الحاضر الخ) أقول : كأنه يشير إلى أن اللغات مقتر قبل قوله ومن يقوم مقامه : أي وقيام من يقوم .

أو بإثابة الشرع كالوصى من جهة القاضى ، وقد يكون حكما بأن كان ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر

بناء على الأصل . فإن قيل : الخلاف ثابت فيها لو حضر وأنكر ثم غاب : قلنا : لأن بقاء الإنكار شرط القضاء بالبيئة وهو محتمل لجواز الرجوع عنه إلا بالنظر إلى الأصل ولا عبرة به ، وإنما يقضى عليه بالبيئة إذا حضر وسكت لإزالة الشرع إياه منكرًا لأنه غير منكر ، وما قيل وقف البيئة على حضوره غير مفيد لأنه إما أن يقر أو ينكر ، وعلى الوجهين الدعوى لازمة عليه فليس يشى لأن مع حضوره يحتمل أن يقر فيبطل حكم البيئة أولا فيطعن فى البيئة ويذنه أو لا يظن فيقضى عليه بالبيئة ، ومع غيبته يشبه وجه القضاء فلا يجوز ، وهذا لأن حكم الحاكم بالبيئة أن ينفذ فى حق سائر الناس وبالإقرار يقتصر على المقر ، ويظهر ذلك فيمن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل بالبيئة يأخذها ولولدها . ولو أقر بها لرجل لم يأخذ ولدها ولا يرجع بالتمش على بائعها وبالبيئة ترجع الباعة بعضهم على بعض . وما ذكرناه فيها لو أنكر ثم غاب قول أبى حنيفة : لأن الشرط قيام الإنكار وقت القضاء ، وفيه خلاف أبى يوسف فإنه قال : يحكم بها لأن إنكاره سمع نصا فوجد شرط حبسها كما لو أقر ثم غاب يقضى بالإقرار . وفى نوادر ابن سبابة عن محمد أنه لا يقضى بالبيئة ويقضى بالإقرار ، وهو قول أبى حنيفة لأن فى البيئة للمدعى عليه حق الطعن فى البيئة والقضاء عليه حال غيبته يبطل هذا الحق ، أما ليس له حق الطعن فى إقراره فالقضاء عليه حال غيبته ثم لا يبطل حقا له : وكان أبو يوسف يقول أولا : لا يقضى بالبيئة والإقرار على الغائب جميعا ، ثم رجع لما أبطل بالقضاء وقال : يقضى فيها جميعا واستحسنه حفظا لأموال الناس ، فإذا علمنا أنه لا بد من حضوره أو حضور من يقوم مقامه ، فمن يقوم مقامه أحد ثلاث : نائب بإثابته كوكيله ، أو بإثابة الشرع كالوصى من جهة القاضى . وقد يكون حكما : يعنى شخصا يقوم مقامه حكما ، أى يكون قيامه عنه حكما لأمر لازم له ، واقتصر المصنف عليها نفيًا للمسخر من جهة القاضى فإن فيه اختلاف الروايتين وهو الذى ينصبه القاضى لسمع عليه الدعوى ، وكذا لو أحضر المدعى رجلا غير خصمه لسمع القاضى الخصومة والقاضى يعلم أنه ليس بخصم لا يسمع الخصومة عليه ولا على المسخر من جهته ، وإنما يجوز نصب القاضى الوكيل عن خصم اختفى فى بيته ولا يحضر مجلس الحكم ، ولكن بعد أن يبعث أمناءه إلى باب داره فينادى على باب داره ويقول

إما أن يكون الفاعل هو الغائب كما إذا وكل شخصا وهو ظاهر أو القاضى كما إذا أقام وصيا من جهته . والثانى إما أن يكون ما يدعى به على الغائب سببا لازما لما يدعى به على الحاضر أو شرطا لحقه ، فإن كان سببا لازما سواء كان المدعى واحدا كما إذا ادعى دارا فى يد رجل أنها ماله وأنكر ذو اليد فأقام المدعى بيته أن الدار داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فإن المدعى وهو الدار شىء واحد ، وما ادعى على الغائب وهو الشراء سبب لثبوت ما يدعى على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب للملك لاحالة ، أو شيئين مختلفين ، كما إذا شهد شاهدان لرجل على رجل بحق من الحقوق فقال المشهود عليه ما عبدا فلان الغائب فأقام المشهود له بيته أن فلانا الغائب أعنتهما وهو يملكهما فتقبل هذه الشهادة ، والمدعى شيان : المال على الحاضر والعق على الغائب ، والمدعى على الغائب سبب المدعى على الحاضر لا محالة لأن ولاية الشهادة لا تنفك عن العتق بحال فالقضاء فيهما على الحاضر قضاء على الغائب والحاضر ينتصب خصما عن الغائب ، لأن المدعى شىء واحد فى الأول أو كشيء واحد فى الثانى لعدم

(قوله فالقضاء فيهما على الحاضر الخ) أقول : جزاء ، فإن كان فى قوله فإن كان سببا لازما للتعلم عليه بسبب أسطر تحفينا .

وهذا في غير صورة في الكتب ، أما إذا كان شرطاً لحقه فلا معتبر به في جملة خصما

احضر مجلس الحكم ولا يحكم عليك ، أما في غير ذلك الموضع فلا . وذكر محمد في الجامع . رجل غاب وجاء رجل فادعى على رجل ذكر أنه غريم الغائب والغائب وكله يطلب كل حق له على غرمائه بالكوفة وبالحصومة والمدعى عليه ينكر وكالته فأقام بينة على وكالته قضى عليه بالوكالة : يعني على الغائب . قال شيخ الإسلام : فيه دليل على جواز الحكم على المسخر ، فإنه قال ذكر أنه غريم الغائب ولم يقل هو غريم الغائب . قال الصدر الشهيد هذا محمول على ما إذا لم يعلم القاضي أنه مسخر . والوجه أن يحمل على إحدى الروايتين كما ذكر ظهر الدين في فتاواه أن في نفاذ قضاء القاضي على الغائب روايتين ، ذكر شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام أنه ينقل ، وغيرهما من المشايخ قالوا : لا ينقل ، وفي مفقود خواهر زاده . لا ينبغي للقاضي أن يقضى للغائب من غير خصم كما لا ينبغي للقاضي أن يقضى على الغائب ، إلا أن مع هذا لو وكل وكيلًا وأنفذ الحصومة بينهم فهو جائز وعليه الفتوى انتهى . والذي يقتضيه النظر أن يقال إن نفاذ القضاء على الغائب موقوف على إضفاء قاض ، لأن نفس القضاء هو المجتهد فيه فهو كقضاء المحدود في قذف ونحوه ، وحيث قضى على غائب فلا يكون عن إقرار عليه . ومن فروعه مسألة عجيبة في الفصل الأول من الفتاوى الصغرى : عين في يد رجل ادعى آخر أنه ملكه اشتراه من فلان الغائب وصدقه ذواليد فالقاضي لا يأمر ذا اليد أن يسلمها إلى المدعى حتى لا يكون قضاء على الغائب بالشراء بإقراره ، وهي عجيبة لأنه اعترف بالملك للمدعى ولا يقضى عليه بالتسليم . قال : وأحال الصدر الشهيد هذه المسئلة إلى باب العين من أدب القاضي ولم أجدها ثمة . وأما الثالث فما إذا كان ما يدعيه على الغائب سبياً لا محالة ، لما يدعيه على الحاضر بحيث لا ينفك عنه (وهو في غير صورة في الكتب بخلاف ما إذا كان) ما يدعيه الغائب (شرطاً لحقه) لا سبياً لا محالة ، أو قد يكون سبياً وقد لا يكون (فإنه لا معتبر به في جعل الحاضر خصماً

الاتفكاك ، فإذا حضر الغائب وأنكر لا يلتفت إلى إنكاره ولا يحتاج إلى إعادة البينة ، ولهما نظائر في الكتب المبسوطة ، والمصنف لم يتعرض إلا للسبية ، وأما أن يكون المدعى شيئاً واحداً أو شيئين مختلفين فلم يتعرض له لحصول المقصود بالسبب اللازم ، فإن الشيء إذا ثبت ثبت بلوازمه ، وقيدنا السبب بقولنا لازماً اخترازا عما إذا كان سبياً في وقت دون وقت ، فإن الحاضر فيه لا ينتصب خصماً عن الغائب ، كما إذا قال رجل لامرأة رجل غائب إن زوجك فلانا الغائب وكنتي أن أحملك إليه ، فقالت إنه كان قد طلقني ثلاثاً وأقامت على ذلك بينة قبلت بيتها في حق قصر يد الوكيل عنها لا في حق إثبات الطلاق على الغائب ، حتى إذا حضر، وأنكر الطلاق يجب عليها إعادة البينة لأن المدعى على الغائب وهو الطلاق ليس بسبب لازم لثبوت ما يدعى على الحاضر وهو قصر يده ، فإن الطلاق متى تحقق قد لا يوجب قصر يد الوكيل بأن لم يكن وكيلًا بالحمل قبل الطلاق ، وقد يوجب بأن كان وكيلًا بالحمل قبل الطلاق فكان المدعى على الغائب سبياً لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه ، فقلنا : يقضى بقصر اليد دون الطلاق علماً بهما . فإن قيل : كلام المصنف ساكت عن هذا التقييد قلت : اكتفى بالإطلاق لصراف المطلق إلى الكمال عن التقييد ، وإن كان أعنى ما يدعى به على الغائب شرطاً لحقه ، أى الحق المدعى على الحاضر كمن قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طلق فادعت امرأة الخائف عليه أن فلانا طلق امرأته وأقامت على ذلك بينة قال المصنف : فلا معتبر به في جملة خصما عن الغائب وهو قول عامة المشايخ ، لأن بينتها على فلان الغائب لاتصح لأن ذلك ابتداء القضاء على الغائب . وقال الإمام فخر الإسلام وشمس الأئمة الأوزجنتى

عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع .

عن الغائب قال المصنف (وقد عرف تمامه في الجامع) . مثال السبب المزوم لاحالة في ست مسائل : ثلاث فيها يكون المقضى شيئين ، وثلاث فيها يكون واحدا . أما ثلاث الواحد : إحداهما ادعى دارا في يد رجل أنها ملكه وأنكر ذو اليد فأقام البيئة أنها داره اشتراها من فلان الغائب وهو يملكها فإنه يقضى بها في حق الحاضر والغائب ، لأن الشراء سبب لثبوت ما يدعيه على الحاضر لأن الشراء من المالك سبب لاحالة للملك . والثانية ادعى على آخر أنه كفل عن فلان الغائب بما بذوب له عليه فأقر المدعى عليه بالكفالة وأنكر الذوب فأقام المدعى البيئة أنه ذاب له على فلان ألف يقضى بها على الكفيل والغائب ، حتى لو حضر وأنكر لا يثبت إلى إنكاره . الثالثة ادعى شفعة في دار في يد إنسان فقال ذو اليد الداردارى ما اشتريتها من أحد فأقام المدعى البيئة أن ذا اليد اشتراها من فلان الغائب بألف وهو يملكها وأنا شفيعها يقضى بالشراء في حق ذى اليد والغائب . ومثال ثلاث الشيتين : إحداهما قلغ عصفا فادعى عليه الحد فقال القاذف أنا عبد وعلى حد العبد وقال المدعى المقتوف بل أعنتك . ولأول فملك حد الأحرار والمولى غائب فأقام البيئة على ذلك تقبل هذه البيئة ويقضى بالعق في حق الحاضر والغائب جميعا ، حتى لو حضر وأنكر العتق لا يثبت إلى إنكاره فالعتق سبب لكال الحد وهو المدعى على الحاضر فهما شيطان . الثانية شاهدان شهدا على رجل بمال فقال المشهود عايه هما عيذان لفلان الغائب فأقام المشهود له البيئة أن مولاهما أعتقهما قبل هذا وهو يملكهما تقبل البيئة ويثبت العتق في حق المشهود عايه والمولى الغائب لأن العتق لا ينفك عن ولاية الشهادة . الثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل أن الغائب عفا عن نصيبه وانقلب نصيبى مالا وأنكر القاتل فأقام المدعى البيئة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا . فإن قيل : هذا منتزع بما إذا كان العبد بين غائب وحاضر فادعى العبد على الحاضر منهما أن الغائب أعتق نصيبه وهو موسر وادعى قصريد الحاضر عن نفسه لصبرورته مكاتبه عند أى حنيفة وأقام البيئة على الحاضر بذلك لا تقبل هذه البيئة أصلا مع أن إعتاق الغائب نصيبه سبب لقصريد الحاضر عنه لاحالة . يجب بأن علم القبول عنده هنا لا لهدم الخصم عن الغائب بل لجهالة المقضى عليه بالكتابة لأن الساكت إذا اختار تضمين المعتق يصير العبد مكاتب من جهة المعتق ، وإن اختار الاستعفاء يصير مكاتب من جهة الساكت فكان المقضى عليه بالكتابة محمولا فلم يقبل . وأما ما لا يكون فيه ما يدعى به على الغائب سببا لاحالة لما يدعيه على الحاضر ، بل قد يكون وقد لا يكون ، فقد يكون أيضا شيئين وقد يكون واحدا ، وبيانه في مستلثين : إحداهما قال لعبد رجل مولاك وكلنى بملكك إليه فأقام العبد البيئة أن مولاه أعتقه تقبل في حق قصريد الحاضر ولا تقبل في حق العتق على الغائب ، حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق يحتاج العبد إلى إعادة البيئة به . والثانية رجل قال لامرأة غائب وكافى زوجك بملكك إليه فأقامت بيته أنه طلقها ثلاثا يقضى بقصر يد الوكيل عنها دون الطلاق ، فلو حضر وأنكر

إن البيئة تقبل ويحجل الحاضر خصما عن الغائب كما في السبب ، لأن دعوى المدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط . لا يقال : المعتبر هو السبب اللازم والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين ، لأن المعتبر توقف ما يدعى على الحاضر على ما يدعى على الغائب وهو في الشرط موجود . وأخرج المصنف المسخر من جهة القاضى وهو من ينصبه وكالا عن الغائب ليستمع الخصومة عليه بقوله كالوصى من جهة القاضى لأن كلامه فيمن يقوم مقام الغائب

(قوله والتوقف فيه أكثر لكونه من الجانبين) أقول : فيه تأمل (قوله وأخرج المصنف ، إلى قوله : كالوصى) أقول : فيه شبه فإن كان التشبيه فدل على خلاف ما ذكره .

قال (ويقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق)

الطلاق يحتاج إلى إعدادها أو بيعة أخرى فالمدعى العتق وقصر اليد والطلاق وقصر اليد ، لأن العتق والطلاق قد يتحقق ولا يوجب انزال الوكيل بأن لا يكون هناك وكالة ، وقد يتحقق موجبا للانزال بأن وجد بعد الوكالة ، فليس انزال الوكيل حكما أصليا للطلاق والعتاق ، فمن حيث أنه ليس سببا للحق الحاضر في الجملة لا يكون الحاضر فيه خصما عن الغائب ، ومن حيث أنه قد يكون سببا قبلنا البيعة فيها يرجع إلى حق الحاضر في قصر يده وانزاله عن الوكالة لأنه ليس من ضرورة انزال الوكيل تحقق الطلاق والعتاق ، ولا من ضرورة تحقق الطلاق والعتاق انزال الوكيل فلا يقضى بالطلاق والعتاق . ومن هذا القسم وهو دعوى شيئين ، إلا أن ما يدعيه على الغائب ليس سببا لما يدعيه على الحاضر إلا باعتبار البقاء فيبانه في مسائل : إحداها قالوا قيمن اشترى جارية فادعى المشتري على البائع أنه كان زوجها من فلان الغائب ولم يعلم المشتري ويريد أن يردها بهذا العيب وأنكر البائع فأقام المشتري على ذلك بيعة فإنه لا يقضى بها لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب ، لأن المدعى شيئا : الرد بالعيب على الحاضر ، والنكاح على الغائب . والنكاح المدعى به على الغائب ليس سببا لما يدعي على الحاضر إلا باعتبار البقاء لجواز أن يكون تزوجها ثم طلقها ، فإن أقام البيعة على البقاء بأن شهدوا على أنها امرأته للحال لا تقبل أيضا لأن البقاء تبع للابتداء . والثانية المشتري شراء فاسدا إذا أراد البائع الاسترداد فأقام البيعة أنه باع من فلان الغائب لا تقبل لإبطال حق الاسترداد لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب ، لأن نفس البيع ليس سببا لبطلان حق البائع في الاسترداد لجواز أنه باع ثم انفسخ البيع بينهما فيعود حق البائع في الاسترداد ، وإذا لم يكن خصما في إثبات نفس البيع لم يكن خصما في إثبات البقاء لأن البقاء تبع للابتداء كما ذكرنا . الثالثة رجل في يده دار بيعت بمجنها دار فأراد ذو اليد أن يأخذ المشتراة بالشفعة فقال المشتري له الدار التي يملك ليست لك إنما هي لفلان فأقام الشفع البيعة أنها داره اشتراها من فلان الغائب لا يقضى بالشراء لا في حق الحاضر ولا في حق الغائب ، لأن المدعى شيئا ، والمدعى على الغائب من شراء الدار ليس سببا لثبوت حقه في الشفعة مالم يثبت البقاء ، لأنه لو نفسخ بعد الشراء وأزالها عن ملكه بسبب من الأسباب لا يكون له شفعة ، وإنما تكون الشفعة باعتبار البقاء ولا بيعة عليه ، ولو أقام على البقاء لم تقبل أيضا لما ذكرنا . وأما ما يكون شرطا فعمامة المشايخ فيه علم أنه لا ينصب الحاضر خصما عن الغائب فيها يدعيه . وصورته : قال لامرأته إن طلق فلان امرأته فأنت طالق ، فادعت أن فلانا طلق زوجته وأقامت البيعة على ذلك لا يقضى بوقوع الطلاق بها لأنه ابتداء القضاء على الغائب . وقد أفنى بعض المتأخرين كضمر الإسلام والأوزجندى فيه بانتصاب الحاضر خصما عن الغائب ، ويقضى بوقوع الطلاق كما لو قال إن دخل فلان الدار فأنت طالق فبرهنت على دخول فلان حيث يصبح وإن كان فلان غائبا . والجواب أنه ليس في هذا قضاء على الغائب بشيء إذ ليس فيه إبطال حق له فصار الأصل أن ما كان شرطا لثبوت الحق للحاضر من غير إبطال حق الغائب قبلت البيعة فيه إذ ليس فيه قضاء على الغائب ، وما تضمن إبطالا عليه لا يقبل (قوله) ويقرض القاضى أموال اليتامى ويكتب ذكر الحق (وهو المسمى في عرفنا بالصك والحق هنا هو الإقرار ، وهذا

والمسخر لا يقوم مقامه ، ذكره في النخيرة وهو إحدى الروايتين فيه فكأنه اختاره : قال (ويقرض القاضى أموال اليتامى الخ) للقاضى أن يقرض أموال اليتامى ويكتب الصك لأجل تذكره الحق وهو الإقرار ،

(قوله) ويكتب الصك لأجل تذكره الحق الخ (قول : فيه إشارة إلى أن انتصاب ذكر الحق لكونه مفعولا لا يكتب . وعنى أن قوله ذكر الحق لم يصب كما يفهم من قول السبكي في أوامره مسائل شتى .

لأن في الإقراض مصلحتهم لبقاء الأموال محفوظة مضمونة ، والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه (وإن أقرض الوصي ضمن) لأنه لا يقدر على الاستخراج ، والأب بمنزلة الوصي في أصبح الروايتين لهجه عن الاستخراج .

(لأن في الإقراض مصلحتهم) لأن بقاءه على وجه الأرض لا يؤمن معه السارق والغاصب المكابر ، وفي القرض بقاؤها محفوظة عن ذلك مضمونة (والقاضي يقدر على الاستخراج) فكان النظر في الإقراض بخلاف الوصي فإنه لا يقدر على الاستخراج ، إذ ربما لا يوافق الشهود أو لا يجدهم ، ولو وجدهم فليس كل بيئة تعدل ولا كل قاض يعدل ، وفي الجثث بين يدي القضاة ذل وصغار فكان إضرارا بالصغار على الاعتبار (والأب كالوصي في أصبح الروايتين) لأنه لا يقدر على الاستخراج . ووجه الأخرى أنه أعم ولاية من الوصي لأنها في المال والنفس كولاية القاضي ، ويزيد عليها بزيادة الشفقة المانع من ترك النظر ، والظاهر أنه يقرض ممن يأمن جحوده ، وعلى هذا قالوا : لو أخذ الأب قرضا لنفسه يجوز وإن روى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز . والجواب أن الاعتبار في جواز القرض وعلمه ليس لتقرب القرابة ولا لزيادة الولاية بل لتتمام القدرة على الاسترجاع بعد وجود أصل الولاية ولا قدرة للأب عليه ، بخلاف القاضي فإنه لو لم يجد الشهود لموت أو غيبة قضى بعلمه واستخرج ، ولا يخفى أن قدرة هذا إنما تفيد مع وجود الملاعة . أما لو أعسر المستقرض صار القاضي كغيره في عدم القدرة ، وعن هذا قال الخصاف : ينبغي للقاضي أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم المال حتى لو اختل حال أحد منهم يأخذ منهم المال قبل أن يعسر فلا يقدر ، وكذا لو كان المستقرض معسرا في الابتداء لا يجوز للقاضي إقراضه ، وقد انظم ما ذكرنا حكم القاضي بعلمه ولنفسه . فعدنا وفي قول للشافعي أنه يجوز ، وظاهر مذهب مالك وأحمد لا يجوز ، وعن كل منهما رواية بالجواز كفولنا لأنه صلى الله عليه وسلم قال لهند بنت عتبة خذي من ماله ما يكفيك ولدك بالمعروف فهذا قضاء بعلمه ، وشرطه عند أبي حنيفة أن يعلم في حال قضاءه في المصر الذي هو قاضيه بحق غير حد خالص لله من قرض أوبيع أو غصب أو تطليق رجل امراته أو قتل عبداً وحده قذف . وأما إذا علم قبل القضاء في حق العباد ثم لم يفرغ إليه تلك الحادثة أو علمها في حال قضاءه في غير مصره ثم دخله فرغت إليه لا يقضى عنده ، وقال : يقضى : وفي التجريد جعل قول محمد مع أبي حنيفة ، ولو علم في رستاق مصره عندهما يقضى . واختاف المشايخ على قول أبي حنيفة وسواء كان مقلدا للرستاق أو لم يكن ، وأصل هذا أن قضاء القاضي في القرية والمغازة لا يتخذ عند

لأن في إقراض أموالهم مصلحتهم لبقائها محفوظة فإن القاضي لكثرة أشغاله قد يعجز عن الحفظ بنفسه وبالودعة إن حصل الحفظ لم تكن مضمونة بالهلاك فلم تكن مضمونة ، وبالقرض تصوير محفوظة مضمونة فيقرضها . فإن قيل : نعم هو كذلك لكن لم يؤمن الثوى بلحود المستقرض ، أجاب بقوله والقاضي يقدر على الاستخراج لكونه معلوما له وبالكفاية يحصل الحفظ ويتبين النسيان ، بخلاف الوصي فإنه ليس له أن يقرض ، فإن فعل ضمن لأن الحفظ والضمان وإن كانا موجودين بالإقراض لكن مخافة الثوى باقية لعدم قدرته على الاستخراج لأنه ليس كل قاض يعدل ولا كل بيئة تعدل ، والأب كالوصي في أصبح الروايتين لأنه عاجز عن الاستخراج ، وهو اختيار الإمام فخر الإسلام والصلبر الشهيد والثاني ، وفي رواية : يجوز له ذلك لأن ولاية الأب تم المال والنفس كولاية القاضي ، وشفقته تمنع من ترك النظر له ، والظاهر أنه يقرضه ممن يأمن جحوده ، وإن أخذ الأب قرضا لنفسه فالقرض يجوز . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك .

(باب التحكيم)

أبى حنيفة ومحمد : ونص أصحاب الأمالي عن أبى يوسف أنه ينفذ قضاؤه في السواد ، وهكذا في النواذر عن محمد . ولوعلم بحادثة وهو قاض في مصره ثم عزل ثم أعيد إلى القضاء ، فعند أبى حنيفة لا يقضى ، وعندهما يقضى . وأما في حد الشرب والزنا فلا ينفذ قضاؤه بعله اتفاقا ، والله الموفق .

(باب التحكيم)

هذا أيضا من فروع القضاء ، والمحكم أحط رتبة من القاضي ، فإن القاضي يقضى فيما لا يقضى المحكم فأخبره عنه ، ولهذا قال أبو يوسف : إنه لا يجوز تمايق التحكيم بالشرط وإضافته ، بخلاف القضاء لأن حكمه بمنزلة الإصلاح والواقع منه كالصلح ، أو هو صلح من وجه فلا يكون مثله بالشك . والتحكيم جائز بالكتاب قوله تعالى - فابحثوا حكما من أهله الآية - وفيه نظر . وأما السنة فما قال أبو شريح « يارسول الله إن قولى إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان ، فقال عليه الصلاة والسلام : ما أحسن هذا » رواه النسائي وأجمع على أنه صلى الله عليه وسلم عمل بحكم سعد بن معاذ في بنى قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم . وروى أنه كان بين عمر وأبى بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت فأتياه فخرج زيد وقال لعمر : هلا بحث إلى قاتيك يأمر المؤمنين ، فقال عمر : في بيته يؤتى الحكم ، فدخل بيته فأتى لعمر وسادة ، فقال عمر : عيين لزمته ، فقال أبى : نعمى أمير المؤمنين وتصدقه ، ولعلم أنه لا يظن بأحد منهما في المؤمنين ، فقال عمر : عيين لزمته ، فقال أبى : نعمى أمير المؤمنين وتصدقه ، ولعلم أنه لا يظن بأحد منهما في هذه الخصومة التلبيس ، وإنما هى اختباء الحادثة عليهما فتقدم إلى الحكم التبيين لا التلبيس . وفي الحديث جواز التحكيم وأن زيدا كان معروفا بالفة . وقد روى أن ابن عباس رضى الله عنهما كان يختلف إليه ويأخذه بركابه عند ركوبه ، وقال هكذا أمرنا أن نصنع بفقهائنا ، فقبل زيد يده وقال : هكذا أمرنا أن نصنع بأشرافنا . وفيه أن الإمام لا يكون قاضيا في حق نفسه ، وأنه ينبغي أن من احتاج إلى العلم يأتى إلى العالم في بيته ولا يبعث إليه لياتيه وإن كان أوجه الناس . وأما إلقاء زيد الوسادة فاجتهاد من قوله صلى الله عليه وسلم « إذا أتاكم كرم قوم فأكرموه » وبسط النبي صلى الله عليه وسلم رداء لعدى بن حاتم ، وأن الخليفة ليس كغيره ، واجتهاد عمر على تخصيص هذه الحالة من عموم الأول ، وأنه لا بأس بالحلف صادقا ، وامتناع عثمان عن العيين حين لزمته كان لأمر آخر ، وأن

(باب التحكيم)

هذا باب من فروع القضاء ، وتأخيره من حيث أن المحكم أدنى مرتبة من القاضي لاقتصار حكمه على من رضى بحكمه وعموم ولاية القاضي . وهو مشروع بالكتاب والإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى - فابحثوا حكما من أهله

(باب التحكيم)

(قوله وعموم ولاية القاضي) أقول : المراد بعموم ولاية القاضي هو تعالى الحكم الصادر عنه إلى غير المتخاصمين كما في صورة القتل خطأ وأمثاله ، لا أنه يجب أن يكون مولى كل أحد كثيرة من الناس فإنه قد يفرض إليه الحكم فقتله واحدة بين الخصمين المميزين كما لا يخفى إلا أنه يمكن أن يقال : لا يطلق اسم القاضي لكل ذلك المولى كما يعلم من المبسوط .

(وإذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز) لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما ، وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم لأنه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط أهلية القضاء ، ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي والحدود في القذف والفاسق والصبي لانعدام أهلية القضاء اعتبارا بأهلية الشهادة والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى

البيّن حق المدعى له أن يستوفيهما وتسقط بإسقاطه (قوله وإذا حكم رجلان رجلا) أو امرأة (فحكم بينهما ورضيا بحكمه) إلى أن حكم (جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما) وسند ذكر لهذا تخصيصات : أولها قوله (وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم) بأن يكون أهلا للشهادة (فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي) إلا أن يحكمه ذميان لأنه من أهل الشهادة عليهم فهو من أهل الحكم عليهم (و كذلك (الحدود في القذف والفاسق) لا يجوز تحكيم أحد من هؤلاء (لعدم أهلية القضاء لعدم أهلية الشهادة . والفاسق إذا حكم يجب أن يجوز عندنا كما مر في المولى) الفاسق ينفذ حكمه . وقوله (وينفذ حكمه عليهما) عطف على جواب المسئلة : أعنى قوله جاز ، وهذه شروط التحكيم فقلدناها على الجواب ، وأوقم المبرور فقال وعليها ينفذ حكمه كان مفيدا للخصم فيفيد أنه

وحكما من أهلها . والمصحابة رضي الله عنهم كانوا مجتمعين على جواز التحكيم (وإذا حكم رجلان رجلا ليحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لأن لهما ولاية على أنفسهما فصح تحكيمهما وإذا حكم لزمهما) لصدر حكمه عن ولاية عليهما (وهذا إذا كان المحكم بصفة الحاكم المولى لأنه بمنزلة فيما بينهما) واعتراض بأنه لو كان كذلك لما وقع الفرق بينهما في حق التعليق والإضافة إلى المستقبل على قول أبي يوسف لكنها وقعت فليتها جائز أن في القضاء دون التحكيم عنده . وأجيب بأن التحكيم صلح معنى حيث لا يثبت إلا بتراضي الخصمين والمقصود به قطع المنازعة والصلح لا يعاق ولا يضاف ، بخلاف القضاء والإمارة لأنه تفويض (وإذا كان المحكم بمنزلة الحاكم) اشترط له أهلية القضاء (فلو حكم امرأة فيما يثبت بالشهادتين جاز لأنها من أهل الشهادة فيها) قال (ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) قد تقدم أن أهلية القضاء بأهلية الشهادة فمن ليس فيه ذلك لا يقدح كما ولا يحكما ، فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي إن حكمه المسلمون ، وإن حكمه أهل الذمة جاز لأنه من أهل الشهادة فيما بينهم ، وتراضيهما عليه في حقهما كتقليد السلطان إياه ، وتقليد الذي ليحكم بين أهل الذمة صحيح دون الإسلام ، فكذلك تحكيمه ، والحدود في القذف وإن تاب لأنه ليس من أهل الشهادة عندنا كما سيأتي ، والفاسق والصبي لعدم أهلية الشهادة فيهما لكن إذا حكم الفاسق يجب أن يجوز عندنا كما مر في أول أدب القاضي أن الفاسق لا ينبغي أن يقدح القضاء ، ولو قد جاز

(قال المصنف : فيشترط أهلية القضاء) أقول : وق المحيط : يشترط أن يكون الحكم أهلا للشهادة وقت التحكيم وقت الحكم جميعا ، حتى أنه إذا لم يكن أهلا للشهادة وقت التحكيم وصار أهلا للشهادة وقت الحكم بأن كان الحكم ميّدا فاعتق وحكم لا ينفذ حكمه . هكذا ذكر صاحب الألفية والشيخ الإمام شيخ الإسلام في شرح كتاب الصلح وقد ذكرنا مسطحة في فصل التخليد والبرز بخلاف هذا انتهى . المسئلة المذكورة في فصل التخليد هو أنه إذا استغنى الصبي ثم أدرك ليس له أن يقضى بذلك الأمر في باب الجسنة من صلاة الملتقى ، رواه إبراهيم عن عمه . والعبد إذا استغنى ثم عتق كان له أن يقضى بذلك الأمر انتهى . واشترط أهلية الشهادة وقت التحكيم والحكم مذكور في النهاية ومعراج الدراري أيضا (قوله ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد الخ) أقول : في المحيط : ويجوز تحكيم المكاتب والصبي المأذون كما يجوز تحكيم الحر انتهى . وفي شرح الكافي : للمعنى يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأذون كالمحرر . وقال في النهاية : هو من قبيل إضافة المصدر إلى الفاعل هناك انتهى . فلا تخالفة كما توهم . ثم قوله تحكيم الكافر من قبيل إضافة المصدر إلى المفعول يقال : حكمه أي فوض الحكم إليه (قوله فلا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذي الخ) أقول : المراد بالكافر ملحق الذي الذي يقرية للمقابلة .

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مالم يحكم عليهما) لأنه مقلد من جهتهما فلا يحكم إلا برضاها جميعا (وإذا حكم لزمهما) لصنور حكمه عن ولاية عليهما (وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه) لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه (وإن خالفه أبطله) لأن حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه .

لا ينفذ على غيرها ، فلو حكماه في عيب بالمبيع فقصى برده ليس للبائع أن يردّه على باقيه إلا أن يراضى البائع الأول والثاني والمشتري على تحكيمه فحينئذ يردّه على الأول ، ولو اختصم الوكيل بالبائع مع المشتري منه في العيب فحكم برده على الوكيل لم يلزم الموكل إذا كان العيب يحدث مثله زوابة واحدة إلا أن يرضى الموكل بتحكيمه معهما ، وإن كان العيب لا يحدث مثله ولم يدخل الموكل معهم في التحكيم ففي لزومه للموكل روايتان ، وإنما اقتصر حكمه ولم يتعدّ لأنه كالمصالح . ثم تشترط هذه وقت التحكيم ووقت القضاء جميعا حتى لو حكما عبدا ففتح أو صيبا أو ذميا فيبلغ وأسلم ثم حكم لا ينفذ كما في المقلد ، وكذا لو كان مسلما وقت التحكيم ثم ارتد لا ينفذ حكمه ثم الإضافات في قوله ولا يجوز تحكيم العبد النخ من إضافة المصدر إلى المفعول ، ولو اعتبرت إلى الفاعل جاز في بعضها دون بعض . وفي المتن : يجوز تحكيم المكاتب والعبد المأفون كالحر ، وتحكيم الذي هدأ ليحكم بينه وبين ذي يمين لما ذكرنا (قوله ولكل واحد من المحكمين أن يرجع ما لم يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) إذا هما المولى له فلهما عز له قبل أن يحكم كما أن السلطان أن يعزل القاضي قبل أن يحكم ولو حكم قبل عزله نفذ وعزله بعد ذلك لا يبطله فكذا هذا (وإذا نفذ حكمه لزمهما لصنور حكمه عن ولاية كاملة عليهما) فقط لأنه لا يكون دون الصلح وبعد ما تم الصلح ليس لواحد أن يرجع (قوله وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه لأنه لا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه) يعينه (وإن خالفه أبطله) وقال مالك وابن أبي ليلى : هو كالمقلد فلا يبطله إلا أن يكون جورا بينا لم يخالف فيه أهل العلم ، ونحن فرقنا بأن ولاية القاضي عامة على الناس لعدم ولاية الخليفة المقلد له ، بخلاف المولى لين له إنما هما ولاية على أنفسهما فقط لا على القاضي فلا يلزم حكمه القاضي لأنه لم يحكمه ، ولأن تقليدهما إياه بمنزلة اصطلاحهما على شيء في المجهلات كان للقاضي أن يبطله أو ينفذه فكذا هذا ، وهذا يبين لك أن المراد من قوله وإن خالفه أبطله ليس ما يفييه ظاهره من لزوم إبطال القاضي إياه بل يجوز

(ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل أن يحكم عليهما لأنه مقلد من جهتهما) لانفاقهما على ذلك فلا يحكم إلا برضاها جميعا (لأن ما كان وجوده من شيتين لا بد له من وجودهما ، وأما علمه فلا يحتاج إلى علمهما بل يعلم بعدم أحدهما ، وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما أيضا . فإن قيل : إخراج أحدهما سمي في نقض ما تم من جهته . قلنا : ما تم الأمر وإنما التمام بعد الحكم ولا نقض حينئذ فإنه لا رجوع لواحد منهما للزوم الحكم بصنوره عن ولاية عليهما كالتقاضي إذا قضى ثم عزله السلطان فإنه لازم (وإذا رفع حكمه إلى حاكم فوافق مذهبه أمضاه لأنه) إذا نقضه لم يحكم إلا بذلك فلا فائدة في نقضه ثم في إبرامه على ذلك الوجه (وفائدة إبرامه أنه لو رفع إلى حاكم يخالف مذهبه لم يتمكن من نقضه ، ولو لم يرض لتمكن لأن أمضاء الأول بمنزلة حكم نفسه (وإن خالفه أبطله لأن حكم الحكم لا يلزم الحاكم لعدم التحكيم منه) بخلاف حكم الحاكم كما تقدم فلا أنه لا يبطله الثاني

(قوله وعلى هذا يسقط ما قيل ينبغي أن لا يصح الإخراج إلا باتفاقهما النخ) أقول : كالبعض فإنه لا يفسخ إلا باتفاق للتباين . في الجواب كلام (قال المصنف : وإذا رفع حكمه إلى القاضي فوافق مذهبه أمضاه) أقول : قبل هذا حكم الحكم يلزم الوقف على منعهما في ديارتا يفييه الحاكم الحق هذا القليل يعينه إذ الفتوى على قولهما ولما أخذ على القضاة الحكم بالأمس .

(ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يمكن الإباحة فلا يستباح برضاهما قالوا : ونخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات كالطلاق والتكاح وغيرها ، وهو صحيح إلا أنه لا يفتى به ، ويقال يحتاج إلى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام

أن يطله وأن ينفذه . وعبرة المبسوط بعد أن ذكر الوجه فلا يجب تنفيذ حكمه على القاضي (قوله ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص) وهذا إحدى الروايتين في القصاص وهي رواية الخصاف . قال شمس الأئمة في شرح أدب الخصاف : من أصحابنا من قالوا هذا في الحدود الخالصة حقا لله تعالى ، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها وليس لهما ولاية على سائر الناس . وأما القصاص وحد القذف فيجوز التحكيم فيها ، ولكن صاحب الكتاب يريد الخصاف أطلق وقال لا يجوز ، وهو الصحيح لأن حكم الحكم بمنزلة الصلح ، ولا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف بالصلح ، ولأنهما يتدرئان بالشبهات ، وفي حكمه شبهة لأنه حكم في حقهما لا في حق غيرهما ، وأى شبهة أعظم من هذا . قال المصنف (قالوا ونخصيص الحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات وهو صحيح) وفي الخلاصة : قضاء الحكم في الطلاق والتكاح والكفالة بالمال والنفس والديون والبيع والكفارات والقصاص وأرض الخنايات وقطع يد عمدا بينة عادلة جائز إذا وافق رأى القاضي . وعن أبي حنيفة : لا يجوز في القصاص . ونقل الناصح عن أبي بكر الرازي في القصاص : ينبغي أن يجوز لأن ولي القصاص لو استوفى القصاص من غير أن يرفع إلى السلطان جاز ، فكذا إذا حكم فيه لأنه من حقوق بني آدم . وتوجيه المصنف بأنها لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يمكن الإباحة : يعني لو قال لشخص اقتلني لا يصح أمره ولا يمل للأمر قتله لا بدفعه ، وهذا لأن المقضى عليه هو الأصل في التحكيم ، والآخر : أعنى الطالب تبع فكون

وإن خالف مذهبه لعموم ولايته فكان قضاؤه حجة في حق الكل فلا يجوز لقاض آخر أن يرده . قال (ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص الخ) لا يجوز التحكيم في الحدود الواجبة حقا لله تعالى باتفاق الروايات ، لأن الإمام هو المتعين لاستيفائها ، وأما في حد القذف والقصاص فقد اختلفت المشايخ ، قال شمس الأئمة : من أصحابنا من قال التحكيم في حد القذف والقصاص جائز . وذكر في الأخيرة عن صلح الأصل أن التحكيم في القصاص جائز لأن الاستيفاء إليهما وما من حقوق العباد فيجوز التحكيم كما في الأموال : وذكر الخصاف أن التحكيم لا يجوز في الحدود والقصاص ، واختاره المصنف واستدل بقوله لأنه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يمكن الإباحة ، وهو دليل القصاص ولم يذكر دليل الحدود . وقالوا في ذلك : لأن حكم الحكم ليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات ، وهذا كما ترى أشمل من تعليل المصنف (قوله وقالوا) أى قال المتأخرون من مشايخنا (ونخصيص القتل والحدود والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهديات) كالكنائيات في جعلها رجعية والطلاق المضاف وهو الظاهر عن أصحابنا (وهو صحيح) لكن المشايخ امتنعوا عن الفتوى بذلك ، قال شمس الأئمة الحلواني : مسألة حكم الحكم تعلم ولا يفتى بها ، وكان يقول : ظاهر المذهب أنه يجوز إلا أن الإمام الأستاذ أبى على النسبى كان يقول : يكتم هذا الفصل ولا يفتى به كي لا يتطرق الجهال إلى ذلك فيؤدى إلى هدم مذهبنا . وإن حكاه في دم خطا لا ينفذ إلا في صورة لأنه إما أن يحكم بالدية على الماكلة أو في مال القاتل ، فإن كان الأول لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا يحكم من جهتهم ، وحكم الحكم لا ينفذ على غير المحكمين ، وإن كان الثاني رده القاضي ويقضى بالدية على الماكلة لأنه يخالف

وإن حكماء في دم خطأ قضى بالدية على العاقلة لم ينفذ حكمه لأنه لا ولاية له عليهم إذ لا يحكم من جهتهم ، ولو حكم على القاتل بالدية في ماله رده القاضي ويقضى بالدية على العاقلة لأنه يخالف لرأيه ومخالف للنص أيضا إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لاتعقله (ويموز أن يسمع البينة ويقضى بالنكول وكذا بالإقرار) لأنه حكم موافق للشرع ، ولو أنجب بإقرار أحد الخصمين أو بعلالة الشهود

أحدهما وهو الذي تحكيمه ليس الأقوى يملك أن يستوفيه لا يقتضى صحة التحكيم فيه بل حتى يرضى الآخر ، والآخر لا يملك ما حكم فيه فلا يصح التحكيم فيه . وفي الفتاوى الصغرى : حكم المحكم في الملاق والمضاف ينفذ لكن لا يفتى به . وفيها : روى عن أصحابنا ما هو أوسع من هذا ، وهوان صاحب الحادثة لو استفتى فقيها عدلا فأفتاه ببطلان العيين المضافة وسعه اتباع فتواه وإمسك المرأة المخلوف بطلاقها . وروى عنهم ما هو أوسع من هذا وهو أنه إذا استفتى أولا فقيها فأفتاه ببطلان العيين وسعه إمساك المرأة فإن تزوج أخرى وكان حلف بطلاق كل امرأة يتر وجها فاستفتى فقيها آخر فأفتاه بصحة العيين فإنه يفارق الأخرى ويمسك الأولى عملا بفتواهما . وفي اللخيرة : فيمن تزوج امرأة بغير ولي فطلقها ثلاثا فبعث القاضي إلى شافعي ليحكم بينهما ببطلان ذلك النكاح وببطلان الثلاث يموز ، وكذا لو حكما بملك حكما يموز ، ولا يفتى به لما مر : يعنى ما قدمه من خشية تجاسر العوام : يعنى على هدم المذهب . قال : وكذا من غاب عن امرأته غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فبعث إلى شافعي ليحكم بفسخ النكاح لعجز الثقة يموز . ثم قال المصنف (ولو حكما في دم خطأ قضى بالدية على العاقلة لا ينفذ لأنه لا ولاية له على العاقلة إذ لم يحكمه ، وكذا لو حكم على القاتل بالدية في ماله) فإن القاضي (يردّه ويقضى) بما هو الحق وهو كونه (على العاقلة لأنه مخالف لرأيه والنص) وهو حديث حمل بن مالك (إلا إذا ثبت القتل) وهو قتل الخطأ (بإقراره) فحينئذ يموز قضاؤه بالدية حينئذ على القاتل ، لأن المواعل لاتعقل القاتل الثابت بالإقرار كما لاتعقل العمد والصلح على الدية لأن إقراره لا ينفذ في حقهم إذ لا ولاية له عليهم فاقصر على نفسه فوجبت الدية في ماله ، وعلى هذا التفصيل أروش الجراحات إن كانت بحيث لاتعقلها العاقلة ، بل يجب في مال الجاني بأن كانت دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمدا ، وإن بلغ خمسمائة

رأيه ومخالف لنص حديث حمل بن مالك وقوموا فلوهم كما سيأتى في كتاب المعاقل إن شاء الله تعالى (قوله إلا إذا ثبت) استثناء من قوله رده القاضي : أى رد قضاؤه بالدية في ماله إلا إذا ثبت القتل بإقراره لأن العاقلة لاتعقله ، وأما أروش الجراحات فإن كانت بحيث لاتحملها العاقلة وتجب في مال الجاني بأن كان دون أرش الموضحة وهو خمسمائة درهم وثبت ذلك بالإقرار والنكول أو كان عمدا وقضى على الجاني جاز لأنه لا يخالف حكم الشرع وقد رضى الجاني بحكمه عليه فيموز ، وإن كانت بحيث تحملها العاقلة بأن كانت خمسمائة فصاعدا وقد ثبتت الجناية بالبينة وكانت خطأ لا يموز قضاؤه بها أصلا ، لأنه إن قضى بها على الجاني خالف حكم الشرع ، وإن قضى على العاقلة فالعاقلة لم يرضوا بحكمه (قوله ويموز أن يسمع البينة) يعنى أنه لما صار حكما عليهما بتسليطهما جاز أن يسمع البينة (ويقضى بالنكول وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق للشرع ، وإذا أنجب الحكم بإقرار أحد الخصمين) بأن يقول لأحدهما اعترفت عندى لهذا بكذا (أو بعلالة للشهود) مثل أن يقول قامت عندى عليك بيعة لهذا بكذا فدخلوا عندى وقد أزم ملك ذلك وحكمت به لهذا عليك فأنكر المقتضى عليه أن يكون أقرّ عنده بشئ أو قامت

(قوله وثبت ذلك بالإقرار والنكول) أقول : فيه أنه إذا ثبت بالبينة يكون في مال الجاني أيضا فلا وجه قضيه بالإقرار والنكول (قوله وقد أزم ملك ذلك الخ) أقول : إنشاء الإقرار والحكم أيضا .

ولهما على تحكيمهما يقبل قوله لأن الولاية قائمة ولو أخبر بالحكم لا يقبل قوله لأن قضاء الولاية سمع قول المولى بعد العزل (وحكم الحاكم لأبويه وزوجته وولده باطل والمولى والحكم في سواء) وهذا لأنه لا تقبل شهادته لهؤلاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم ، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأنه تقبل شهادته عليهم لا انتفاء التهمة فكذلك القضاء ، ولو حكما رجلين لابد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج فيه إلى الرأي ، والله أعلم بالصواب .

فقتضى الحكم على الجاني جاز لأنه لا يخالف الشرع ، وإن كانت بحيث تتحملها العاقلة لا يجوز قضاؤه بها أصلا لأنه إن قضى على الجاني خالف الشرع ، وعلى العاقلة لا يجوز لأنهم لم يحكموه (قوله ولو أخبر) يعني المحكم لو قال : لأحدهما أقررت عندي أوقامت عندي بينة عليك بهذا فعدلوا عندي وقد أئزمتك ذلك وحكمت بهذا فأنكر المقتضى عليه أن يكون أقر وأقام البينة لم يلتفت إلى قوله ومضى القضاء عليه مادام المجلس باقيا لأن الحكم مادام تحكيمهما قائما كالقاضي المقلد ، ولو قال المقلد ذلك لا يلتفت إنكار إلى المقتضى عليه ، فكذلك الحكم إلا أن يخرج المخاطب عن الحكم ويعزله قبل أن يقول حكمت عليك ثم قال المحكم ذلك أو قاله بعد أن قام من المجلس لأنه بالقيام من المجلس ينزل كما ينزل بعزل أحدهما قبل الحكم فصار كالقاضي . إذا قال بعد العزل قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا (قوله وحكم الحاكم) سواء كان قاضيا أو محكما (لأبويه وولده وزوجته) وكل من لا تقبل شهادته له (باطل لمكان التهمة) بخلاف ما إذا حكم عليهم يجوز لا تنافيها قوله ولو حكما رجلين لابد من اجتماعهما لأن الحكم أمر يحتاج فيه إلى الرأي وإنما رضى الخصمان برأيهما فلا ينفرد أحدهما ثم لا يصدق الحكماني في إخبارهما عن الحكم إذا قاما لما ذكرنا من انزاعهما فالتحقا بسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل بأشراه حتى يشهد على ذلك غيرهما ، ولو شهد عند الحكمين شاهدان ثم مات الشاهدان أو غابا فسأل المدعى الحكمين أن يشهدا له على شهادتهما لم يميز لأتهما ما أحلها فلا يجوز أن يشهدا على شهادتهما . وإذا عرف أن أحد الحكمين لا ينفرد فلو حكما عبدا وحرًا لم يميز ، ولو حكم مسلم ومردد رجلا فحكم بينهما ثم قتل المرتد أو لحق بدار الحرب لم يميز حكمه عليهما ولو أمر الإمام رجلا بأن يحكم بين الناس وهو ممن يجوز شهادته جاز ويصير كالقاضي ، ولو أمر القاضي رجلا لم يميز إلا بإذن الإمام إلا أن يميزه بعد الحكم أو يتراضى به الرجلان بعد الحكم ، ولو حكما رجلا فأخرج القاضي من الحكومة فحكم بعده بينهما فأجازاه جاز ، وليس للحكم أن يفوض إلى غيره ، ولو فوض وحكم الثاني بلا

عليه بينة بشيء لم يلتفت إلى قوله وقضى القاضي ونفذ لأن الحكم مملك إنشاء الحكم عليه بذلك (إذا كان على تحكيمهما) فملك الإختيار كالقاضي المولى إذا قال في قضاؤه لإنسان قضيت عليك لهذا بإقرارك أو بينة قامت عندي على ذلك (فإنه يصدق في ذلك) ولا يلتفت إلى إنكار المقتضى عليه فكذلك هاهنا (وإن أخبر بالحكم) مثل أن يقول المحكم كنت حكمت عليك لهذا بكذا (لم يصدق) لأنه إذا حكم صار معزولا ولا يقبل قوله إلى حكمت بكذا كالقاضي المولى إذا قال بعد عزله حكمت بكذا (وحكم الحاكم لأبويه وولده وزوجته باطل) لأن أهلية الشهادة شرط للقضاء والشهادة لهؤلاء غير مقبولة فكذلك الحكم (ولافرق في ذلك بين المولى والحكم ، بخلاف ما إذا حكم عليهم لأن الشهادة عليهم مقبولة لعدم التهمة ، فكذلك القضاء . وإذا حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما لأنه أمر يحتاج إلى الرأي) فلو حكم أحدهما لا يجوز لأتهما وإنما رضى برأيهما ورأى الواحد ليس كراى الغنى ، ولا يصدقان على ذلك الحكم بعد القيام من مجلس الحكم حتى يشهد على ذلك غيرهما لأتهما بعد القيام انزلا فصارا كسائر الرعايا فلا تقبل شهادتهما على فعل بأشراه .

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

قال (وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفلى أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رحمه الله) معناه بغير رضا صاحب العلو (وقالوا : يصنع مالا يضر بالعلو) وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه . قيل ماحكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله فلا خلاف . وقيل

ورضاها فأجاز القاضي لم يميز إلا أن يميزه بعد الحكم ، وقيل ينبغي أن يكون كالوكيل الأول إذا أجاز فعل الوكيل الثاني ، ولو حكما واحدا فحكم لأحدهما ثم حكما آخر يفقد حكم الأول إن كان جائزا عنده وإن كان جورا أبطله ، وكتاب الحكم إلى القاضي وقيل لا يجوز ، فإن كتب إليه قاض فرضى به الخصمان حكم حينئذ بمقتضى الكتاب .

(مسائل مثورة من كتاب القضاء)

(قوله وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفلى أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة عند أبي حنيفة رضي الله عنه : أى بغير رضا صاحب العلو) وكذا ليس له أن يدخل فيه جذعا ، والاتفاق على أن ليس له أن يهدم سفله لما فيه من إبطال حق صاحب العلو في سكناه العلو (وقالوا : يضع مالا يضر بالعلو ، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على علوه) أو يضع عليه جذعا أو يشرع كنيفا . والكوة بفتح الكاف ويقال وتد وتدا يتد من باب ضربه (قيل ماحكى عنهما تفسير لقول أبي حنيفة) لأنه إنما يمنع ما فيه ضرر ظاهر لأملا بضرر فيه (فلا خلاف) بينهم (وقيل) بل بينهما خلاف وهو في محل وقوع الشك ، فما لا شك في عدم ضرره كوضع مسبار صغير أو وسط يجوز اتفاقا ، وما فيه ضرر ظاهر كفتح الباب ينبغي أن يمنع اتفاقا

(مسائل شتى من كتاب القضاء)

مسائل شتى : أى متفرقة من شئت تشتيئا : إذا فرق . ذكر في آخر كتاب أدب القاضي مسائل منه كما هو دأب المصنفين أن يذكروا في آخر الكتاب مسائل تتعلق بما قبلها استدراكا لما فات من الكتاب ويترجمونه بمسائل شتى أو مثورة أو متفرقة . قيل وعلى هذا كان القياس أن يؤخرها إلى آخر كتاب القضاء . ويمكن أن يجاب عنه بأنه ذكر بعدها القضاء بالمواريث والرحم وإنه بجليل بالتأخير لاعتالة (وإذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب السفلى أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة بغير رضا صاحب العلو) وليس لصاحب العلو أن يبنى على علوه ولا أن يضع عليه جذعا لم يكن له ولا يحدث كنيفا إلا برضا صاحب السفلى (عند أبي حنيفة رحمه الله : وقالوا : جاز لكل واحد منهما أن يصنع مالا يضر به ، وقيل هذا تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله) يعنى أن أبا حنيفة إنما منع عما منع إذا كان مضرا ، وأما إذا لم يكن مضرا فلا يمنع كما هو قولهما فكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الآخر فصلا مجعلا عليه لأن التصرف حصل في ملكه فيكون المنع بعبء الضرر لصاحبه (وقيل) ليس ذلك بتفسير له وإنما

(مسائل شتى من كتاب القاضي)

(قوله مسائل شتى : أى متفرقة من شئت تشتيئا) أقول : بل من شئت تشئت وشئت وشئت : إذا فرق والفرق . (٤١ - فتح القلبي - ٧)

الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والملك يقتضى الإطلاق والحزمة بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير كحق المرتين والمستأجر والإطلاق بعارض ، فإذا أشكل لا يزول المنع على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو تقضه فيمنع عنه .

وما يشك في الضرر به كدق الوتد في الجدار والسقف فتندما لا يمنع ، لأن (الأصل) فيه (الإباحة) لأنه تصرف في ملكه والحظر بعارض الضرر فإذا أشكل لم يجز المنع (لأن اليقين لا يزال بالشك) كما لو باع نصيبه من العبد المشترك يجوز ، ولو كاتب نصيبه لا يجوز ، وللشريك حق فسحه (وعنده الأصل الحظر لأنه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير) ولهذا يمنع من هلمه اتفاقا ، وتعلق حق الغير بملكه يمنع تصرفه به كالمرهون والمستأجر تعلق به حق المرتين فتح الراهن من التصرف فيه . وذكر شيخ الإسلام عن بعضهم أن على قول أبي حنيفة صاحب العلو لا يملك التصرف فيه وإن لم يضر بالسفل رواية واحدة . وقال شيخ الإسلام أيضا : إذا أشكل تصرف صاحب العلو وهل يضر بالسفل أولا لا يملكه بالاتفاق . وقال الصلبي الشهيد : المختار أنه إذا أشكل لا يملكه ، وإذا لم يضر بماكه . وذكر قاضيخان : لو حفر صاحب السفلى في ساحة بئر وما أشبه ذلك ، عند أبي حنيفة له ذلك وإن تضرر به صاحب العلو ، وعندهما الحكم معلول بعلو الضرر ، وعلمت أن ليس لصاحب السفلى هلمه ، فلو هلمه يجبر على بنائه لأنه تعدى على حق صاحب العلو وهو قرار العلو ، كالراهن إذا قتل المرهون والمولى إذا قتل عبده المديون ، وهذا أصل كلي ، كل من أجبر على أن يفعل مع شريكه فإذا فعل أحدهما بغير أمر شريكه فهو متطوع لأنه له طريق وهو المطالبة بالمشاركة في الفعل كنه بينهما امتنع أحدهما عن كراهه وكري الآخر ، أو سفينته تتخوف الفرق أو بيت أو دار أو حمام أو طاحونة فأصلحه أحدهما أو عبد مشترك جنى ففداه أحدهما فهو متطوع لأن الآخر يجبر ، وإن كان لا يجبر لم يكن متطوعا كعلو لرجل وسفل لآخر وسقط السفل فبناه الآخر لا يكون متطوعا لأنه لا يجبر صاحب السفلى على بنائه فكان في بنائه إياه مضطرا ليصل إلى حقه ، وإذا بناء وبني عليه علوه له منع صاحب السفلى من الانتفاع به والسكنى حتى يؤدى قيمته ، واختلف في أن القيمة هل تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع ، والصحيح وقت البناء . ولما قلنا في الدار والبيت والطاحونة والحمام ما ذكرنا إذا كان يمكنه

(الأصل عندهما الإباحة لأنه تصرف في ملكه والملك يقتضى الإطلاق) فلا يمنع عنه إلا بعارض الضرر ، فإذا لم يكن ضرر لم يمنع (بالاتفاق ، و) إنما تظهر ثمرة الخلاف (إذا أشكل) فتندما (لم يجز المنع) لأن الإطلاق يتيقن واليقين لا يزول بالشك (والأصل عنده الحظر لأنه تصرف في محل يتعلق به حق محترم للغير وهو) صاحب العلو لأن قراره عليه ولهذا يمنع من هلمه اتفاقا ، وتعلق حق الغير بملكه يمنع المالك من التصرف كما منع حق المرتين والمستأجر المالك عن التصرف في المرهون والمستأجر (والإطلاق بعارض) وهو الرضا به دون عدم الضرر فتأمل (فإذا أشكل لا يزول المنع) لما ذكرنا (قوله على أنه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو تقضه فيمنع عنه) استظهار على المنع لإفادة ما قبله ذلك .

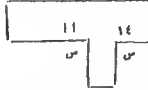
(قوله وإنما تظهر ثمرة الخلاف) أقول : فيه بحث (قوله إذا أشكل) أقول : كنهه الأشياء المذكورة (قوله وهو الرضا به دون عدم الضرر) أقول : وفيه بحث يظهر بملاحظة السياق ، ألا يرى أن المراد إشكال الضرر وعلمه . قال قزويني : وهو عدم الضرر يتيقن انتهى . الباء متعلق بالعدم لا بالضرر (قوله فتأمل) أقول : كتب في هامش الكتاب نقلا عن خط الشارح ما هو صورته : أمر بالتأمل تنبيها على أن العلم أمر لاثبوت لا ليعراض ، ولو عرض لزم أن يكون الضرر قبله موجودا وعرض العلم وليس كذلك انتهى . وأقول : يجوز أن يكون إطلاق العارض عليه من باب المشاكلة .

قال (وإذا كانت زائفة مستطيلة تنشعب منها زائفة مستطيلة وهي غير نافذة فليس لأهل الزائفة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائفة القصوى) لأن فتحه للمرور ولا حق لهم في المرور إذ هو لأهلها خصوصا حتى لا يكون لأهل الأولى بيع فيها حتى الشفعة ،

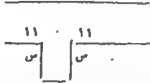
قصة الساحة ليبقى في نصيبه ، وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعمارة قال : وذكر الخصاصف أنه يرجع بما أنفق ، وهذا عندى في غاية الحسن إذا كان بقضاء . ويجب أن لا يضمن لو علا بناء السفلى على قدر ما كان عليه ذلك القدر ، أما إذا كانت الساحة صغيرة لا يمكن بناء ذلك فيها بعد القسمة فإنه إذا بنى لا يكون متطوعا ، وكذا إذا اتهم بعضه لأنه لا يمكن الانضاع بنصيبه إلا ببنائه فلا يكون متطوعا . وفي فتاوى النسق : دار الحارثين سطح إحدهما أعلى وتسليل ماء العليا على الأخرى فأراد صاحب السفلى أن يرفع سطحه أو يبنى عليه له ذلك وليس للجار منعه ، ولكن يطالبه بتسليم مائه إلى طرف الميزاب : وإذا اتهم السفلى أو هلته المالك ليس للأخر أن يكلفه العمارة لأجل إمالة الماء لكن يبني هو ويمنع صاحبه من الانضاع انتهى . فرق بين حق العمل وبين حق التسليم حيث لو هدم في الأول يجرى على البناء ، ولو هدم في الثاني لا يجرى : وفي الحائط بين اثنين لو كان لهما عليه خشب فبنى أحدهما للباقي أن يمنع الآخر من وضع الخشب على الحائط حتى يعطيه نصف قيمة البناء مبنيا ، وفي الأقضية : حائط مشترك أراد أحدهما تقضيه وأبى الشريك ، إن كان بحال لا يخاف سقوطه لا يجرى ، وإن كان بحيث يخاف عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل يجرى ، وإن هلما وأراد أحدهما أن يبنى وأبى الآخران كان أس الحائط عريضا يمكنه أن يبنى حائطا في نصيبه بعد القسمة لا يجرى الشريك ، وإن كان لا يمكن يجرى كذا عن الإمام أبي بكر محمد بن الفضل وعليه الفتوى : وتفسير الجبر أنه إن لم يوافق الشريك وأنفق على العمارة رجع على الشريك بنصف ما أنفق إن كان الحائط لا يقبل القسمة : وفي شهادات فتاوى الفضل : لو هلما وامتنع أحدهما يجرى ، ولو اتهم لا يجرى ولكن يمنع من الانضاع به ما لم يستوف نصف ما أنفق فيه إن فعل ذلك بقضاء القاضى ، وإن كان بلا قضاء فنصف قيمة البناء انتهى : فلو حل ما تقدم من كون الرجوع بقيمة البناء على ما إذا كان بلا قضاء وقول الخصاصف مع قول ابن الفضل بما أنفق على ما إذا كان بقضاء ارتفع الخلاف الظاهرى : فليكن هو الحمل ، وهذا لأنه لما كان مضطرا في البناء كان له تضمين ما صرف لذلك غير أنه ليس مضطرا في ترك مراجعة من له الولاية على الشريك وهو القاضى فيرجع بالقيمة ، ولو كان الحائط صحيحا فهدم أحدهما ياذن الشريك لاشك أنه يجرى المادم على البناء إن أراده الآخر كما لو هلما وإن هلته بنجر إذن الشريك : وفي كتاب الحيطان : رجل أراد أن يهدم داره ولأهل السكة ضرر لأنه يغرب السكة المختار أنه يمنع ، فلو هدم مع هذا وأنه يضر بالجيران إن كان قادرا على البناء يجرى على البناء ، قيل والأصح أنه لا يجرى : وفي كتاب الغصب من الخلاصة : رجل هدم داره فاتهم دار جاره لا يضمن (قوله وإن كانت زائفة مستطيلة تنشعب منها زائفة أخرى مستطيلة وهي غير نافذة) يعنى المنشعبة (فليس لأحد من) أهل الزائفة الأولى إذا كان له جدار في الزائفة المنشعبة أن يفتح في جداره ذلك بابا في الزائفة المنشعبة ، وهذه صورتها :

قال (وإذا كانت زائفة مستطيلة (الخ) سكة طويلة غير نافذة تنشعب عن يمينها أو يسارها مثلها على هذه الصورة :

بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة . قيل المنع من المرور لا من فتح الباب لأنه رفع بعض جداره . والأصح أن المنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ، ولأنه عساه يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب



والذي يمكنه أن يفتح بابا في الزائفة القصوى هو صاحب الدار التي في ركن الزائفة الثانية ، وإنما قلنا ليس له ذلك لأن فتحه للمرور ولا حق لأهل الزائفة الأولى في المرور في الزائفة القصوى بل هو لأهلها على الخصة ، ولذا لو بيعت دار في القصوى لم يكن لأهل الأولى شفعة فيها ، بخلاف أهل القصوى فإن لأحدهم أن يفتح بابا في الأولى لأن له حق المرور فيها ، و (بخلاف النافذة فإن المرور فيها حق العامة) ولا خلاف أن له أن يفتح . قال بعض المشايخ : لا يمنع من فتح الباب بل من المرور لأن فتح الباب رفع بعض جداره ، وله أن يرفعه كله فكذلك له أن يرفعه بعضه ، والأصح أن يمنع من الفتح لأنه منصوص عليه في الرواية بنص محمد في الجامع ، ولأن المنع بعد الفتح لا يمكن إذ لا يمكن مراقبته ليلا ونهارا في الخروج فيخرج ، ولأنه عساه يدعى بعد تركيب الباب وطول الزمان حق في المرور ، ويستدل عليه بتركيب الباب فيكون بتركيب الباب محمدا لنفسه دعوى حق المرور ويكون القول



ليس لأهل الزائفة الأولى أن يفتحوا بابا في الزائفة القصوى لأن فتح الباب للمرور ، ولا حق لهم في المرور لأن المرور فيها لأهلها خاصة لكونها غير نافذة بمنزلة دار بين قوم ليس لأحد أن يفتح بابا بغير إذنتهم فكذلك هذا ؛ ألا ترى أنه لو بيعت دار في تلك السكة القصوى ليس لأهل السكة العظمى أن يأخذوا بالشفعة لأن تلك السكة لم خاصة ، بخلاف النافذة لأن المرور فيها حق العامة . ثم قيل المنع من المرور لأن فتح الباب لأن الفتح رفع بعض جداره . وله أن يرفعه جميع جداره بالمهدم فرفع بعضه أولى ، ولهذا لو ففتح كوة أو بابا للاستضاءة دون المرور لم يمنع ، والأصح أنه يمنع من الفتح لأن بعد الفتح لا يمكنه المنع من المرور في كل ساعة ، ولأنه إذا فعل ذلك وتقدم العهد ربما يدعى الحق في القصوى بتركيب الباب ويكون القول قوله من هذا الوجه فيمنع ، وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على أن الزائفة الأولى غير نافذة ، وقد صرح بذلك الإمام الترمذاني والفقهاء أبو الليث ، إلا إذا جعلت الضمير موضوعا موضع اسم الإشارة حتى يكون تقديره وذلك غير نافذة فيجوز أن يكون حالا من الزائفتين جميعا لأن الإشارة بذلك إلى الثني والجمع صحيحة فيكون من قبيل قوله تعالى - قل أرأيتم إن أخذ الله معكم وأبصاركم ونخم على قلوبكم من إله غير الله يأتيكم به - أي بذلك على أحد الوجهين ، وإن كانت الزائفة القصوى مستديرة قد لزم طرفاها ؛ يعني سكة فيها اعوجاج حتى بلغ اعوجاجها رأس السكة والسكة غير نافذة

(قوله فيجوز أن يكون حالا الخ) أقول : يجوز لا يستلزم التلاوة ، في اتصاله الاستحسان تأمل (قوله لأن الإشارة بذلك إلى الثني والجمع صحيحة) أقول : يعني أن الإشارة بلفظ ذلك إلى الثني والجمع صحيحة بطريق ما ذكره .

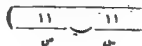
(وإن كانت مستديرة قد لُزق طرفاها فلهم أن يفتحوا) بابا لأن لكل واحد منهم حتى المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها :

قوله للظاهر الذي معه وهو فتح الباب (ولو كانت) المشعبة (مستديرة فلهم أن يفتحوا) لأن لكل منهم حتى المرور في كلها إذ هي ساحة مشتركة (غاية الأمر أن فيها اعوجاجا) ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها (وهذه صورتها :



وفي المحيطان زقاق غير نافذ أراد إنسان: يعني من أهله أن يتخذ طينا إن ترك من الطريق قنطرة للممر الناس ويرفعه سريعا ويفعل في الأحايين مرة لا يمنع منه، وكذا لو أراد أن يبني آريا أو دكانا وهو الذي نسميه في عرفنا مصطبة، ولو استأذن رجلا في وضع جنوع على حائطه أو حفر سرداب تحت داره ففعل ثم باع الآذن داره للمشتري أن يأخذ برفعها إلا إذا شرط بقاءها عند البيع، وكذا لو كان نصب أعمدة ملاصقة بجدار الرجل مقابلة لبابهو نصب عايبا وعلى وجه داره مسقوفة للمشتري أن يطالبه بإزالتها إلا إذا شرطها، ولو أن لرجل حائطا ووجهه في دار رجل فأراد أن يطيق حائطه ولا سبيل إليه إلا بدخول دار الرجل أو انهدم الحائط فوق تقصه في داره فأراد أن يدخل لبيل الطين وغيره ففتح صاحب الدار أو له مجرى ماء في داره فأراد حفره وإصلاحه ولا يمكن إلا بدخول دار الرجل وهو بمنه يقال له إما أن تتركه يدخل ويصلح ويفعل بما له أو تفعل بما لك، كذا روى عن محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث. وفي وقف النوازل: دار مشتركة بين قوم لبعضهم أن يربطوا الدابة فيها وأن يضيئوا الخشب على وجهه لا يضر بصاحبه، وأن يتوضأوا بحيث لا تضيق عليهم الطريق لمرورهم ولو عطب بها أحد لا يضمن، ولو حفر الأرض يؤمر أن يسويها فإن نقص الحفر يضمن النقصان، وكذا لو كان الطريق بين قوم وهو غير نافذ، غير أن في الطريق لا يضمن نقصان الحفر. وفي أول قسمة الأصل قبيل باب قسمة النار: رجل أصاب ساحة في القسمة فأراد أن يبنيا ويرفع بناءها وأراد الآخر منه وقال تسد على الريح والشمس له أن يرفع بناءه وله أن يتخذ فيها حماما أو تنورا، وإن كف عما يؤذى جاره فهو حسن ولا يجبر على ذلك. ولو فتح صاحب البناء في علو بناءه بابا أو كوة لم يكن لصاحب الساحة منه، ولصاحب الساحة أن يبني في ملكه ما يستريح به. ولو اتخذ بئرا في ملكه أو كرياسا أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب تجاره منه نحوياه لم يجبر عليه، فإن سقط الحائط من ذلك لا يضمن. هذا كله ظاهر المذهب وجواب الرواية: وحكي عن أبي حنيفة أن رجلا شكاه إليه من بئر حفرها جاره في داره فقال

لكل واحد منهم أن يفتح بابه في أي موضع شاء، لأنها سكة واحدة إذ هي ساحة مشتركة لكل واحد منهم حتى المرور في كلها، ولهذا يشتركون في الشفعة إذا بيعت دار منها بهذه الصورة :



احضر في دارك بقرب تلك البئر بالوعة ففعل، فسجست البئر فكسبها صاحبها ولم يفته بمنع الحافر بل هداه إلى هذه الحيلة، وبذلك كان يبقى الشيخ الإمام ظهير الدين المرغيناني: وفي مضاربة التوازن: لو اتخذ داره حظيرة للغنم والجيران يتأذون من نثر السريقين ولا يأمنون على الرعاة ليس لهم في الحكم منه، وبه قال الشافعي وأحمد: ولو حفر في داره بئرا فنز منها حائط جاره ليس له منه. قال في فصول العمادى نقلا عن النخيرة بعد أن نقل عن نصير بن يحيى أن للقاضي منع الجار من ذلك، وذكر غيره تمسكهم بقوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار» والوجه لظاهر الرواية لأن صاحب البناء كان ينضع بهواه ملك صاحب الساحة قبل البناء فصاحب الساحة إذا سد الهواء بالبناء فإنما منعه عن الانفعال بملكه ولم يثلف عليه ملكا ولا منفعة، فصار كما لو كان لرجل شجرة يستظل بها جاره فأراد قطعها لا يمنع من ذلك وإن تضرر به الجار بمنعه من ذلك الانفعال، وتصير هذه المسئلة رواية في مسئلة لا رواية لها في الكتب، وصورتها بالفارسية في النخيرة وغيرها. وحاصلها بالعربية بيتان لرجلين لكل منهما سقف واحد فأراد أحدهما أن يرفع البناء ويجعله ذا سقفين. قال في الفتاوى الصغرى: إن كانا في القديم بسقف واحد للآخر أن يمنعه، وإن كان بسقفين فليس له منه، قال: وحده القديم أن لا تحفظ أقارنه وراء هذا الوقت كيف كان. قال في الخلاصة: فلو أقام أحدهما البنية على أنه قديم والآخر على أنه محدث فبنية القديم أولى. قال: ولا تقبل شهادة أهل البسكة في هذا. قال في النخيرة: ينبغي أن لا يكون له المنع على قياس هذه المسئلة لأن صاحب البيت الآخر يجعل بيته ذا سقفين ومنعه من الانفعال بهواه ملك نفسه انتهى: وعلى تقدير الفرق فالفرق أن في هذه المسئلة وهي مسئلة البيتين يريد أن يمنعه من الضوء والضوء من الحوائج الأصلية. وفي مسئلة الأصل يمنعه عن الشمس والريح وذا من الحوائج الثلاثة انتهى. وأما قوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار» فلا شك أنه عام مخصوص للقطع بعدم امتناع كثير من الضرر كالتعازير والحدود ونحو مواظبة طبعه ينتشر به دخان قد ينحبس في خصوص أما كن فيتضرر به جيران لا يطبخون لفقرهم وحاجتهم خصوصا إذا كان فيهم مريض يتضرر به، وكما أريناك من الضرر يقطع الشجرة المملوكة للقاطع فلا بد أن يحمل على خصوص من الضرر وهو مايؤدى إلى هدم بيت الجار ونحوه من الضرر البين الفاحش: وفي النخيرة: حكى عن بعض مشايخنا رحمهم الله أن الدار إذا كانت مجاورة للنور فأراد صاحب الدار أن يبني فيها تنورا للبخير الدائم أو رحن للطحن أو مدقة للقصارين يمنع منه لأنه يتضرر به جيرانه ضررا فاحشا. قيل وأجعوا على منع الدق الذى يهدم الحيطان ويوهنها ودوران الرحن من ذلك. والحاصل أن القياس في جنس هذه المسائل أن يفعل صاحب الملك ما بدا له مطلقا لأنه يتصرف في خالص ملكه وإن كان يلحق الضرر بغيره، لكن يترك القياس في موضع يتعدى ضرره إلى غيره ضررا فاحشا كما تقدم وهو المراد بالبين في ذكر الصلبر الشهيد وهو ما يكون سببا للهدم وما يوهن البناء سبب له أو يخرج عن الانفعال بالكلية وهو ما يمنع من الحوائج الأصلية كسد الضوء بالكلية على ما ذكر في الفرق المتقدم واختاروا الفتوى عليه. وأما التوسع إلى منع كل ضرر ما فيسد باب الانفعال بملك الإنسان كما ذكرنا قريبا، ومنه ما ذكر أبو الليث في فتاواه: حجرة سطحها وسطح جازه متساويان فلتخذ جاره حتى يتخذ حائطها بينه وبين جاره ليس له ذلك، فلو أراد أن يمنعه من الصعود حتى يتخذ سرة، إن كان إذا صعد يقع بصره في دار جاره له المنع، وإن كان لا يقع

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار) وسندكرها في الصلح إن شاء الله تعالى :

لكن يقع إذا كانوا على السطح ليس له المنع. قال في فصول العمدى: وعلى قياس المسئلة المتقدمة وهي أن لا يمنع صاحب الساحة من أن يفتح صاحب العلو كوة ينبغي أن يقال في هذه ليس للجار حق المنع من الصعود وإن كان بصره يقع في دار جاره ؛ ألا ترى أن محمدا رحمه الله لم يجعل لصاحب الساحة حق منع صاحب البناء عن فتح الكوة في عاوه مع أن بصره يقع في الساحة ، والمراد من قوله يأخذ جاره ببناء السرة أن يشاركه في بنائها لا أن يستقل هو بذلك ويدل عليه بعض العبارات في كتاب الحيطان: دار بين رجلين قسمها وقال أحدهما نبي حاجزا بيننا ليس على الآخر إيجابته ، وإن كان أحدهما يوفى الآخر بالاطلاع عليه كان للقاضي أن يأمرهما ببنائه يتخارجان تفتته بقدر حصه كل منهما يفعل القاضي المصلحة . ونظيرها في فتاوى أبي الليث : رجل في داره شجرة فربدا ، فإذا ارتقاها يقطع على عورات الجار بمنعه القاضي منه إذا رآه . قال في اللخيرة : وعلى قياس مسألة فتح الكوة ليس للجار ولاية المرافعة ولا للقاضي المنع انتهى . ولقد أحسن الصلح الشهيد في واقعاته حيث قال : المختار أن المرتق مجرم وقت الارتقاء مرة أو مرتين حتى يسر وأقسم لأن هذا جمع بين الحقين (قوله ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الإنكار ، وسندكرها في الصلح إن شاء الله تعالى) ونقل في النهاية عن بعضهم أنه أراد بالدعوى مقدارا معينا كالثلث ونحوه لتصح الدعوى فلئلا تصح مع جهالة المدعى به : ونقل عن ولد ظهير الدين أنه كان يقول : الصلح عن الدعوى إنما يصح إذا كانت صحيحة ، لأن الصلح إنما يصح لاقتضاء العيين واليمين إنما تتوجه إذا صحت الدعوى : قال : وهذا يشكل على قول أبي حنيفة ، فإنه لو ادعى رجل على امرأة نكاحا فصالحته على مال دفعته إليه صح مع أن العيين لا تتصور في النكاح عنده ، فالحق أن الصلح يتحقق لدفع الشغب والخصام صحت الدعوى أو لم تصح ، ولذلك قال المصنف (والمدعى وإن كان مجهولا فالصلح عن مجهول على معلوم جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تنقض إلى المنازعة) يعني وهو المانع

قال (ومن ادعى في دار دعوى وأنكرها الذي هي في يده الخ) دار بيد رجل ادعى عليه آخر أن له فيها حقا : وأنكر ذو اليد ثم صالح منها جاز الصلح وهي مسألة الصلح على الإنكار ، وسيأتى الكلام فيه في الصلح إن شاء الله تعالى . فإن قيل (كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى ومعلومية مقداره شرط صحة الدعوى ؛ ألا ترى أنه لو ادعى على إنسان شيئا لم تصح دعواه : أجاب بأن المدعى وإن كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط والجهالة فيه لا تنقض إلى المنازعة والمانع منها ما أفضى إليها : ولقابل أن يقول : جهالة المدعى إما أن تكون مانعة صحة الدعوى أو لا ، فإن كان الثاني صح دعوى من ادعى على إنسان شيئا لكنها لم تصح ، ذكره في النهاية ناقلا عن الفوائد الظهيرية وإن كان الأول لما جاز الصلح فيما نحن فيه لجهالة المدعى لكنه صحيح . والجواب باختيار الشق الأول ، ولا يلزم عدم جواز الصلح فيما نحن فيه لأن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة

(قوله فإن قيل : كيف يصح الصلح الخ) أقول : الأنسب أن يقرر السؤال الأول مكلدا : كيف يصح الصلح مع جهالة المدعى جهالة مقابلة لسائر العقود فيصح الصلح أيضا . ويجب أن المقابلة هي الجهالة المفضية إلى النزاع ، وهذه ليست كذلك لأنها جهالة في الساقط ، ولما حل تقريره فلا يرتبط الجواب الأول ، بل الجواب حقيقته هو ما أجبته به من السؤال الثاني كما يظهر بالتأمل الصادق (قوله لجهالة المدعى) أقول : فلا تصح الدعوى فلا تتوجه العيين على المدعى عليه حتى يقتضى بالصلح على ميسجى . (قوله لأنه لقطع الشغب) أقول : ولا يلزم أن يكون لاقتضاء العيين على ما كتبه من النهاية ومرجع الترافع في المذهب .

والمدعى وإن كان مجهولاً فالصالح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لأنه جهالة في الساقط فلا تنضى إلى المنازعة على مامر. قال (ومن ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت كذا فستل البينة فقال جحدنى الهبة فاشترتها منه وأقام المدعى البينة على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لانتقبل بيته) لظهور التناقض إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ، ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ، ولو كان ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبلها ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ لأن دعوى الهبة لإقرار منه بالملك لا اهب عندها ، ودعوى الشراء رجوع عنه فعند مناقضا ، بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة

(قوله من ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له في وقت) يعنى ذكر وقتا عينه كقوله منذ شهر وسلمها إلى فلانكها وهى الآن في يده وأطالبه بدفعها إلى فطالبه القاضي بالبيان فقال ليس لى بينة على الهبة بل على الشراء لأنه بعد الهبة والتسليم ظفر بها فحبسها عنى فاشترتها منه وأقام بينة فشهدوا وأرخوا وقتا قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة (لانتقبل لظهور التناقض) بين الدعوى والبينة ، لأن الدعوى أن الشراء في تاريخ بعد تاريخ الهبة وهم يشهدون بأنه قبل الهبة وبين نفس أجزاء الدعوى لأنه بمقتضى البينة ، وقوله كأنه قال وهب لى هذا الشيء وكان ملكى بالشراء قبل فلا ثبت الملك بالهبة بعد الشراء فكان مناقضا (ولو شهدوا به بعدها تقبل لوضوح التوفيق) الذى وفقه (ولو ادعى الهبة) يعنى وأرخ فطلب البينة (فقامت على الشراء قباه ولم يقل جحدنى الهبة فاشترتها) توفيقاً (لم تقبل أيضاً ذكره في بعض النسخ) كأنه يريد نسخ الأصل (لأن دعوى الهبة لإقرار منه بالملك الواهب عندها ، ودعوى الشراء رجوع عنه فعند مناقضا بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة لأنه تقرر ملك الواهب عندها) أى عند الهبة ، ولو لم يورخ الشراء تقبل البينة كما لو ذكر تاريخاً بعد الهبة لإمكان الحمل على ما يبنى به التناقض ،

الصالح لأنه لقطع الشغب والخصام وذلك بتحقيق بالباطل كما يتحقق بالحق غاية ما في الباب أن الحاكم يقول للمدعى دعواك فاسدة لا يترتب عليها شئ مويمكنه إزالة الفساد بإعلام مقدار مما يدعى فلا يكون رده مفيداً قال (ومن ادعى داراً في يد رجل الخ) إذا ادعى داراً في يد رجل أنه وهبها له منذ شهرين مثلاً وسلمها إليه وإنما ملكه بطريق الهبة والتسليم وجحد دعواه خواليد فستل البينة فقال لى بينة تشهد على الشراء لآنى طلبت منه فجحدنى الهبة فاضطرت إلى شرائها منه فاشتريتها منه وأشهدت عليه وأقام البينة على الشراء ، فإن شهدت على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لانتقبل لظهور التناقض من وجهين : أحدهما من حيث أن المدعى ادعى الشراء بعد الهبة حيث قال جحدنى الهبة فاشتريتها منه ، والفاء للتعقيب والشهود شهدوا بشراء قبلها فكانت الشهادة مخالفة للدعوى ، والثانى من حيث الدعوى نفسها إن ثبت موجب الشهادة وهو تقدم وقت الشراء على وقت الهبة لأنه حينئذ يكون قاتلاً وهب لى هذه الدار وكانت ملكاً لى بالشراء قبل الهبة فكيف ثبت الملك بالهبة بعد ثبوته بالشراء ، وإن شهدوا بالشراء بعد الوقت الذى ادعى فيه الهبة قبلت شهادتهم لوضوح التوفيق . ووقع في بعض النسخ وهم يشهدون به قبله : أى قبل عقد الهبة أو وقتها ، وفى بعضها قبلها : أى قبل الهبة ، وكذا في قوله ولو شهدوا به بعده ، ولو كان المدعى ادعى الهبة ثم أقام البينة على الشراء قبل عقد الهبة أو وقتها ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها منه لم تقبل أيضاً لأن دعوى الهبة لإقرار منه بالملك الواهب عند الهبة ودعوى الشراء قبلها رجوع منه فعند مناقضا . وأما إذا ادعى الشراء بعد الهبة قبلت لأنه يقرر ملك الواهب عندها فليس بمناقض . قيل ينبغي أن لا تقبل في هذه الصورة أيضاً لأنه ادعى شراء باطلاً لأنه ادعى شراء ماملكت بالهبة . وأجيب بأنه لما جحد الهبة فقد فسحها من الأصل وتوقف التسخ في حق المدعى على رضاه ، فإذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك التسخ فيا بينهما

(قوله إن ثبت موجب الشهادة) أقول : وجعلناه مدعياً على وفقها (قال المصنف) بخلاف ما إذا ادعى الشراء بعد الهبة (قوله المراد هو النداء الثلاث بموجب الشهادة تأمل .

لأنه تقرر ملكه عندها (ومن قال لآخر اشترت منى هذه الجارية فأذكر الآخر أن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها لأن المشتري لما جعله كان فسخا من جهته، إذ الفسخ يثبت به كما إذا تباحدا فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ ، وبمجرد العزم إن كان لا يثبت الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها وما يضاهاه ، ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بنفسه .

وهذا على إحدى الروايتين في تصحيح الدعوى إذا أمكن التوفيق وإن لم يوفق المدعى . وشاهده ما ذكر في رجل ادعى دارا في يد رجل أنها داره اشتراها من أبيه في صحته وهو ينكر وأقام المدعى على ذلك بينة ولم ترك أولم تقم بينة وحلف المدعى عليه ثم أقام بينة أنها داره ورثها من أبيه قبل القاضي بينته ولا يكون دعواه الإرث تناقضا ، ولو ادعى الإرث من الأب أو لآثم ادعى الشراء منه بعد ذلك وأقام عليه بينة لا يقضى له بالدار لإمكان التوفيق في الأول ، بخلاف الثاني . قال شيخ الإسلام إذا أمكن التوفيق تصح الدعوى وإن لم يبدع المدعى التوفيق . وفي دعوى المبسوط إشارة إلى أنه لا تقبل بينة إلا أن يوفق المدعى ، فكان التوفيق من المدعى شرطا في رواية وليس شرطا في أخرى . قيل ما قالوا يوفق بغير دعوى المدعى قياس ، وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان . فإن قيل : ينبغي أن لا تقبل هذه البينة لأنه يدعى شراءه ما ملكه بالهبة والتسليم . أجيب بأن سائر العقود تنفس بالتباعد لإلزام الكاح ، وهنا كذلك فإن الفسخ يتحقق من جهة الواهب بمحده ، وحين أقدم الآخر على الشراء منه فقد رضى بذلك فانفسخت الهبة براضيهما ، فإذا اشترى هو ذلك فقد اشترى ما لا يملكه (قوله ومن قال لآخر اشترت منى هذه الجارية فأذكر إن أجمع البائع على ترك الخصومة وسعه أن يطأها لم وجهين أحدهما (أن المشتري لما جعله كان فسخا من جهته إذ الفسخ يثبت بالجلد كما إذا تباحدا) معا حيث ينقسم قطعا (فإن عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ) وأورد عليه أن مجرد العزم لا يحصل به الفسخ ، ألا ترى أن من له خيار الشرط إذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا يفسخ : الجواب بأن المراد العزم المؤكد بفعل اقترن به من إمساكها

فانفسخت الهبة براضيهما واشترى ما لا يملكه فكان صحيحا ، قال (ومن قال لآخر اشترت منى هذه الجارية الخ) رجل قال لآخر اشترت منى هذه الجارية فأذكره إن أجمع على ترك الخصومة : أى عزم بقلبه ، وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب أن لا يخاصم معه وسعه : أى حل له أن يطأ الجارية لأنها المشتري لما جعله العقد كان ذلك نسخا من جهته إذ الفسخ يثبت به لأن الجحد إنكار للعقد من الأصل والفسخ رفع له من الأصل فيتلاقيان بقاء فبجاز أن يقوم أحدهما مقام الآخر كما لو تباحدا فإنه يجعل فسخا لا محالة ، فإذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ من الجانبين . قبل لوجاز قيام الجحد والعزم على ترك الخصومة مقام الفسخ لجاز لأمراه جحد زوجها النكاح وعزمت على ترك الخصومة أن تزوج بزواج آخر إقامة لهما مقام الفسخ ، لكن ليس لها ذلك . وأجيب بأن الشيء يقوم مقام غيره إذا احتمل المحل ذلك الغير بالضرورة ، والنكاح لا يحتمل الفسخ بعد التزوم فكيف يقوم غيره مقامه بخلاف البيع . فإن قيل : مجرد العزم قد لا يثبت به الحكم كعزم من له شرط الخيار على الفسخ فإن العقد لا يفسخ بمجرد نزول المصنف في الجواب فقال : وبمجرد العزم إن كان لا يثبت به الفسخ فقد اقترن العزم بالفعل وهو إمساك الجارية ونقلها من موضع الخصومة إلى بيته وما يضاهاه كالاستخدام ، لأن ذلك لا يعمل بدون الفسخ فتصحق الانقضاء لوجود الفسخ منهما دلالة ، وبه يتبلغ ما قال زفر إنه لا يعمل له وطؤها لأن البائع متى باعها من المشتري بقيت على ملكه ما لم يعيها أو يتقايلا ولم يوجد ذلك لأن التقابل موجود دلالة (قوله ولأنه) دليل آخر

(قوله نزل المصنف في الجواب الخ) أقول : في العبارة تسامح (قوله لأن ذلك لا يعمل بدون الفسخ) أقول : فيه شيء حيث يفهم من أن يتقدم الفسخ على النقل وما يضاهاه ، والمفهوم من السياق هو التأخر وتوجيه غير غنى .

قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق) وفي بعض النسخ اقتضى ، وهو عبارة عن القبض أيضا . ووجهه أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة ، ولهذا لو تجوز به في الصرف

أو نقلها إلى بيته ، فإن إمساكها لا يخل بلا فسخ فكان الفسخ ثابتا به دلالة كمن قال لآخر أجزت لك هذه الدابة يوما بكذا لتركها إلى مكان كذا فأخذ المستأجر ليركبها كان ذلك قبولا دلالة ، لأن الأخذ والاستعمال لا يخل بلا قبول . وفي المحيط تفسير العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم ، وقيل أن يشهد بلسانه على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد النية . وبني في الفوائد الظهيرية عليه فرعا ذكره في الجامع : اشترى عبدا ثم باعه من آخر فوجد المشتري الثاني البيع فخاصمه المشتري الأول إلى القاضي ولا يثبت له فزع من المشتري الأول على ترك الخصومة ثم اطلع على عيب كان عند البائع الأول وأراد رده فاحتج البائع الأول عليه بدعواه البيع على الثاني ، فإن كان عزم المشتري على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني يده ، أو قبله فلا لأنه غير مضطر في فسخ البيع الثاني ، وهذا بخلاف ما لو وجد الزوج النكاح وحلف وعزمت الزوجة على ترك الخصومة لم يكن لها أن تزوج ، والنكاح لا يمتثل الفسخ بسبب من الأسباب . الوجه الثاني التزام أن الفسخ يحصل بواحد وهو قوله ولأنه لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فأتى رضا البائع فيستبد بفسخه لفوات شرط البيع وهو التراضي ، وسنذكر نظر صاحب الكافي في تدافع الوجهين قريبا (قوله ومن أقر) هنا مسائل الإقرار بالقبض ومسائل الإقرار بالدين ، أما مسائل القبض ما إذا أقر (أنه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق . وفي بعض النسخ اقتضى وهو أيضا القبض) يعني أقر

فإن المشتري لما جحد العقد تعذر استيفاء الثمن منه ، ولما تعذر فأتى رضا البائع ، وفواته يوجب الفسخ لفوات ركن البيع فيستقل بفسخه فيجعل عزمه فسخا على ما مر . والفرق بين الدليلين أن الانفساخ كان في الأول مترقبا على الفسخ من الجانبين وجعل وجوده فسخا من جانبه والعزم على ترك الخصومة من جانب البائع . وفي الثاني يترقب على الفسخ من جانب البائع باستبداده . قال (ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم الخ) ومن أقر أنه قبض من فلان عشرة دراهم قرضا أو ثمن سلعة له عنده أو غير ذلك ثم قال إنه زيوف صدق سواء كان مفصولا أو موصولا دل على ذلك دلالة ثم في الكتاب والتصريح به في غيره . وفي بعض نسخ الجامع الصغير وقع في موضع قبض اقتضى والمعنى هاهنا واحد والحكم فيها سواء . ووجه ذلك أن الزيوف من جنس الدراهم إلا أنها معيبة ، بدليل أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستدلال في بدله كالصرف والسلم جاز ، ولو لم يكن من جنسها كان التجوز استبدالا وهو فيها لا يجوز كما تقدم . فإن قيل : الإقرار بالقبض يستلزم الإقرار بقبض الحق وهو الجهاد حلاله على الحق قبضه لا مالم يس له ذلك ، ولو أقر بقبض حقه ثم ادعى أنه زيوف لم يسمع منه ، فكذا هذا . أجاب المصنف بقوله والقبض لا يختص بالجهاد وهو منع للملازمة ، وقوله حلاله على ماله حتى قبضه مسلم والزيوف له حق قبضه لأنه دون حقه ، وإنما المنوع من القبض ما يزيد على حقه ، وإذا لم يكن القبض مختصا بالجهاد فالإقرار به لا يستلزم الإقرار بقبض الجهاد فبدعواه الزيوف لم يكن متناقضا بل هو منكر قبض حقه ، والقول قول المنكر بالعين ، والنهجرة كالزيوف لكونها من جنس الدراهم لما تقدم . وعلم من هذا أنه لو أقر بالجهاد وهو حقه أو بحقه

(قوله لفوات ركن البيع) أقول : فيه بحث لأن قرضا شرط إلا أن يحملة ركننا مجازا (قوله أو ثمن سلعة) أقول : فيه بحث (قوله ثم قال إنه زيوف) أقول : أي للقبوض زيوف (قوله دل على ذلك الخ) أقول : أي على استوائهما ، فإنه إذا صدق في قوله مفصولا على ما يدل عليه ثم يعلم تصديقه موصولا بالطريق الأولى (قوله لو أقر بالجهاد وهو حقه أو بحقه) أقول : قوله أوجبه مطوف على قوله بالجهاد .

والسلم جاز ، والقبض لا يختص بالحياد فيصدق لأنه أنكر قبض حقه ، بخلاف ما إذا أقر أنه قبض بالحياد أو حقه أو الثمن أو استوفى لإقراره بقبض الحياد صريحا أو دلالة فلا يصدق والنهرجة كالزيوف وفي السوقة لا يصدق

أنه قبض من مدينونه يدين قرض اقترضه أو عن مبيع أو بدل إجارة أو قال غصبت منه أو أودعني ألف درهم ثم قال إلا أنها زيوف أو نهرجة أو قال بعد نعم هي زيوف أو نهرجة يصدق في الوصل والفصل . وفي المبسوط : أقر الطالب أنه قبض ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجبتها زيوفا فالقول قوله وصل أم فصل ، وإطلاق المصنف قوله صدق يفيد ، وهذا بخلاف ما إذا أقر بالدين . في المبسوط في باب الإقرار بالدين : لو قال لفلان على

أوبالثن أو بالاستيفاء ثم ادعى كون القبوض زيوفا أو نهرجة لم يصدق لإقراره بقبض الحياد صريحا في الأول ودلالة في الباقي لأن حقه في الحياد والثن جياذ والاستيفاء بدل على التمام ولا تمام دون الحق فكان في دعواه الزيوف متناقضا ، ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره ، فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه وهو العقود عليه ثم ادعى لنفسه حق الرد على البائع وهو منكر فالقول قوله فكان من القبول الثاني : أعني المقر بقبض الحق فلا يريد نقضا على القبول الأول . قال صاحب النهاية : جع بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء ، فإنه إذا أقر أنه قبض الدراهم الجياذ ثم ادعى أنها زيوف فإنه لا يصدق لمفصولا ولا موصولا ، وفيما بقي لا يصدق مفصولا ولكن يصدق موصولا . والفرق هو أن في قوله قبضت مالى عليه أو حتى عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد ، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فصح ، كما لو قال لفلان على ألف إلا مائة ، فأما إذا قال قبضت عشرة جياذ افتقد أقر بالوزن بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة ، فإذا قال إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل ، كمن قال لفلان على مائة درهم ودينار إلا دينار كان الاستثناء باطلا ، وإن ذكره موصولا كذا ها هنا (قوله وفي السوقة لا يصدق) يعنى لو ادعاها بعد الإقرار بقبض العشرة لم يصدق لأنه ليس من جنس الدراهم ، حتى لو تجاوز به في الصرف والسلم لم يميز فكان متناقضا في دعواه . قال صاحب النهاية : ذكر هذا الحكم مطلقا وليس كذلك : ونقل عن المبسوط في آخر كتاب الإقرار ما يدل على أنه إن ادعى الرصاص بعد الإقرار بقبض الدراهم ، إن كان مفصولا لم يسمع ، وإن كان موصولا لا يسمع . والسوقة أقرب إلى الدراهم من الرصاص ، فإذا كان الحكم في الرصاص ذلك ففي السوقة أولى وكان الاعتراضين وقعا للذهول عن التلقيق في كلام المصنف ، فإن كلامه فيها إذا قال مفصولا بدلالة قوله ثم

(قال المصنف : أو استوفى) أقول : مسطوف على قبض الحياد ، والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام (قوله فكان في دعواه الزيوف متناقضا) أقول : لو صح هذا ينبغي أن لا يصدق إذا وصل أيضا . والجواب هو للتع (قوله ومن هذا ظهر الفرق بين هذا وبين ما إذا ادعى عيبا في المبيع على البائع وأنكره ، فإن القول قول البائع لا المشتري الذي أنكر قبض حقه لأن المشتري أقر بقبض حقه الخ) أقول : قوله أنكر : أي فزعم المسائل ، وقوله أقر : أي دلالة . ثم أقول : قال العلامة الزيلعي : وبخلاف ما إذا قبض المشتري المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لأن المبيع متعين في البيع ، فإذا قبضه فقد أقر أنه استوفى قبض عين حقه دلالة ثم بدوله العيب بعد ذلك صابر متناقضا فلا يقبل كلامه ، بخلاف ما نحن فيه فإن الدراهم لا تتعين وحده ثابت في الثابتة ولا يتم بقبض حقه ، وإنما أقر بقبض الدراهم وهي متنوعة ، فبالإقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه . انتهى توضيح ما ذكره دعوى العيب . وفيه بحث ، لأنه لو صح يلزم أن لا يسمع شهوده لأنه فرع صحة الدعوى ولا صحة مع التناقض (قوله وليس الحكم فيها على السواء) أقول : لأن قوله جياذ مفسر لا يقبل التأويل ، بخلاف غيره لأن ظاهر أو نسي فيجمل التأويل مكانا قيل (قوله والفرق هو أن في قوله قبضت مالى عليه الخ) أقول : ولا ينبغي عليك أن دعواه كونها زيوفا لا يلزم أن يكون بطريق الاستثناء حتى يستقيم الفرق .

لأنه ليس من جنس الدراهم ، حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز . والزيف مازيفه بيت المال ، والنهرجة مايرده التجار ، والسوقة مايقبل عليه الغش .

ألف درهم من ثمن مبيع أو قرض أو إجارة إلا أنها زيوف أو نهرجة لم يصدق في دعوى الزيفة وصل أم فصل في قول أبي حنيفة . وعندهما يصدق إن وصل لا إن فصل . ولو قال لفلان على ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ : هو على الخلاف أيضا لأن مطلق الإقرار بالدين ينصرف إلى الالتزام بالتجارة إذا هو اللاتقي بحال المسلم . وقيل يصدق هنا إذا وصل بالاتفاق لأن صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة ، فإذا لم يصرح في كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة ، وتأتي الحجج إن شاء الله تعالى من الجانبين : وقال الشافعي لأحد : إذا فصل لا يقبل في جميع الصور لأنه كما ذكر العشرة فهم الجياد . وقوله هي زيوف رجوع عما أقر به : قلنا : في مسئلتنا إنما أقر بقبض الدراهم وقبض الدراهم لا يختص بالجياد ، لأن اسم الدراهم لا يختص بالجياد بل يقع على الزيوف والنهرجة ، فإذا قال هي زيوف أو نهرجة كان حاصله أنه اعترف بقبض عدة من الدراهم منكرا أنه قرض حقه أغنى الجياد ، فيصدق مع عينه إذا كان الآخر يكذبه ولم يكن رجوعا عن شيء لأن الأعم يصدق على كل أحص ، فإذا نفي أنه بعد ما صدق عليه بعينه وأنه ما صدقاته الأخرى لا يكون مناقضا . بخلاف ما لو قال هي سوقة أو رصاص لا يقبل لأنها ليست من جنسها فكان رجوعا . وأما لو اعترف أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى ماله عليه لا يصدق في دعواه الزيوف والنهرجة ، لأنه في هذا مقرب بقبض الجياد صريحا في الأول ودلالة فيما بعده لأن حقه والثمن ، وكذا بدل الإجارة هي الجياد . قال في النهاية : جمع المصنف بين هذه المسائل الأربع في الجواب بأنه لا يصدق وليس الحكم فيها على السواء ، فإنه إذا أقر بقبض الجياد ثم ادعى أنها زيوف لا يصدق لا موصولا ولا مفصولا ، وفيما بقي يصدق موصولا لا مفصولا . والفرق أن قوله قبضت مالى عليه أو حتى إقرار بقبض القدر والجودة بلفظ واحد ، فإذا استثنى الجودة فقد استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال على ألف إلا مائة : أما إذا قال قبضت عشرة جياد فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة والجودة بلفظ على حدة ، فإذا قال إلا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل ، كما إذا قال على مائة درهم ودينار إلا دينارا فإن الاستثناء باطل وإن كان موصولا : فإن قيل : يجب أن لا يصح استثناء الجودة وإن دخلت تحت الإقرار بلفظ واحد لأن الجودة تبع للدراهم وصفة لها ، واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء ادعى فإنه للتراخي ، ولا نزاع في غير الزيوف والنهرجة أنه إذا ادعاه لا تقبل مفصولا ، وأما أنه هل يقبل موصولا أو لا لم يصرح بذكره اعتمادا على أنه لما كان بيان تغيير وهو لا يقبل مفصولا ويقبل موصولا ، وذكر أحد الجانبين فهم الجانب الآخر . بقي الكلام فيما إذا أقر بالدراهم الجياد وادعى أنها زيوف فإنه لا يقبل مفصولا ولا موصولا كما تقدم . ويجب عن ذلك بأن المنع هناك عن قبول الموصول إنما هو باعتبار عارض وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر ، لا من حيث أنه بيان تغيير إن صح ذلك عن الأصحاب أو عن المشايخ وقد اختاره المصنف ، فإنه ما عزا إلى شيء من النسخ ، وتمثيله باستثناء الدينار قد لا ينهض لأن الجودة وصف لا يصح استثناءه فكأنه لم يستثن ، ثم فسر الزيوف بما زيفه بيت المال : أى رده ، والنهرجة بما يرده التجار ، ولعله أردأ من الزيف ، والسوقة ما يقبل عليه الغش ، قيل هو معرب ستو وهي أردأ من النهرجة حتى خرج من جنس الدراهم :

(قوله وذكر أحد الجانبين) أقول : يعني البيان مفصولا (قوله فهم الجانب الآخر) أقول : جواب لما (قوله وهو لزوم استثناء الكل من الكل كما مر) أقول : فيه مأمور (قوله لا يصح استثناءه) أقول : مطلقا أو إذا كان دخوله في المستثنى منه تبعا لا مقصودا والثاني مسلم ، ولا كلام فيما نحن فيه والأول منوع .

قال (ومن قال لآخر لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء) لأن إقراره هو الأول وقد ارتدّ برد المقر له ، والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق خصمه ،

البناء من الدار لا يصح وإن كان موصولا . قلنا : إنما لا يصح استثناء البناء لأنه دخل تحت اسم الدار تبعا فلا يجوز إخراج موصولا . وأما الجودة فدخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لأنه أقرّ بقبض ما عليه ، وكما عليه تسام الوزن عليه الجودة فكأن دخلت تحت قوله مالي عليه وحتى عليه مقصودا لا تبعا فيجوز استثناءه موصولا انتهى . وقال صاحب الدرر أية بعد أن نقله : فيه نوع تأمل . وعندى أن التأمل يشده لا يرده ، وكأنه والله أعلم أشكل عليه تبعية الجودة لما ذكر في السؤال من أنها تبع وصفة للدراهم والصفة أبدا تابعة للموصوف ، وهذا سهو عن قوله دخلت تحت اللفظ مقصودا . فحاصل ردّه على السائل أن ما يكون تبعا في الوجود قد يكون مقصودا للمتكلم باللفظ وصحة الاستثناء باعتبار كونه مقصودا من اللفظ كقصص الباقي سواء كان تبعا في الوجود له أو أصلا مثله ، وإنما كانت المستوقة ليست من جنس الدراهم لأن غشها غالب . واسم الدراهم باعتبار القصة والنسبة إلى الغلب متعين . فإذا كان الغلب هو الغش فليست دراهم إلا مجازا ، ولذا قيل هو مربوب منه طاقه : يعني ثلاث طاقات الطاق الأعلى والأسفل فضة ، والأوسط نحاس ، وهي شبه الموه . وتعقب في النهاية إطلاق قوله في المستوقة لا يصدق بل ذلك إذا قال مقصولا ، أما في الموصول فيجب أن يصدق لأنه قال في إقرار المبسوط : لو أقر أنه قبض خمسمائة درهم بما له على المدينون ثم قال بعد ماسكت هو رصاص لم يصدق ، لأن اسم الدراهم لا يتناول الرصاص حقيقة ، وإن قال موصولا فالقول قوله لأن الرصاص من الدراهم صورة وإن لم يكن منها معنى فكان بيانا مغيرا لظاهر كلامه إلى ما هو محتمل فيصح موصولا في المستوقة أولى ، لأن الرصاص أبعد منها إلى الدراهم . وذكر المحبوبي في جامعه مصرحا فقال : فأما إذا قال وجلتها مستوقة أو رصاصا قال شيخ الإسلام خواهر زاده : ذكر محمد أنه يصح إذا كان موصولا ، وقدمنا أن القول قول القابض مع يمينه فلا يمين على الطالب أنها كانت جيادا في قول أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : أحلفه إذا اتهمته قوله ومن قال لآخر لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء) أوقال هي لك أو قال هي لفلان فقد رد إقراره ، فلو عاد إلى تصديقه وادعى الألف لم يسمع منا ، لا إن عاد المقر إلى الإقرار بها بعد رد المقر له فصدقه بعد الإقرار الثاني فإنه يثبت استحسانا لا قیاسا ،

قال (ومن قال لآخر لك على ألف درهم الخ) اعلم أن الإقرار إما أن يكون بما يحتمل الإبطال أو بما لا يحتمله ، فإن كان الأول فلما أن يستعمل المقر بإثباته أولا ، والأول يرتد المقر له مستقلا بذلك كما أن المقر يستعمل بإثباته ، والثاني يحتاج إلى تصديق خصمه ، فعلى هذا إذا قال لآخر لك على ألف درهم فقال ليس لي عليك شيء . ثم قال في مكانه بل لي عليك ألف درهم فليس عليه شيء لأن المقر أقر بما يحتمل الإبطال وهو مستقل بإثبات ما أقر به لا بحالة ، وقد رده المقر له فيرد . وقوله بل لي عليك ألف درهم غير مفيد لأنه دعوى فلا بد لها من حجة : أي بينة أو تصديق الخصم حتى لو صدقه المقر ثانيا لزمه المال استحسانا . وإذا قال اشتريت مني هذا العبد فأنكر له أن يصدقه بعد ذلك لأن إقراره وإن كان بما يحتمل الإبطال لكن المقر لم يستعمل بإثباته فلا يتفرد أحد العاقلين بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد : يعني المقر له لا يتفرد بالرد ، كما أن المقر لا يتفرد بإثباته ، والمعنى أنه أحقهما فبق العقد فعلم التصديق ، بخلاف الأول فإن أحدهما يتفرد بالإثبات فيتفرد الآخر بالرد . قلت : إن عزم المقر على ترك

(قال المصنف : فلا بد من الحجة) أقول : كيف تقبل حجه وهو مناقض في دعواه ، تأمل في جوابه . .

بمخلاف ما إذا قال لغيره اشترت وأنكر الآخر له أن يصلقه ، لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ كما لا يتفرد بالعقد ، والمعنى أنه حققهما في العقد فعمل التصديق ، أما المقر له يتفرد برد الإقرار فافترقا : قال (ومن ادعى على آخر مالا

بمخلاف ما لو أقر سيد العبد بنسبه لإنسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الإقرار بالنسب لا يرتد بالرد حتى كان للرد أن يعود ويدعيه ، فلما لم يطل بالرد بقي مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (ولو كان الإقرار بسبب المال مثل أن يقول اشترت متى وأنكر ، له أن) يعود فنصلقه لأن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ (فإنكاره إن كان فسحا من جهته لا يحصل به الانفساح ، وكان العقد قائما بعد إنكاره فله أن يصلقه بعد ذلك (أما المقر له) بالمال (فيتفرد بالرد فافترقا) وناقضه في الكافي بأنه ذكرهنا أن أحد المتعاقدين لا يتفرد بالفسخ ، وفيما تقدم : يعني من مسئلة التجاحد قال : ولأنه لما تعلق استيفاء الثمن من المشتري فأت رضا البائع فيستبد بالفسخ والتوفيق بين كلاميه صعب انتهى ، وهو صحيح . ويقضي أنه أو تعلق الاستيفاء مع الإقرار بأن مات ولا يثبت أن له أن يفسخ ويستمتع بالجارية فالوجه ما قلناه أولا .

[وهذه فروع ذكرها في النهاية] لو صدقه ثم رد إقراره لا يرتد . لو وهبت المرأة صداقها لزوجها وقبل ثم رده فرده باطل ، وكذا لو قبل المديون الإبراء ثم رده ، وكذا لو قال لعبيده وهبت لك رقبتك فرده لا يرتد بالرد لأنه إعتاق ، هذا كله في رد المقر له إقرار المقر . فأما لو رد المقر إقرار نفسه كأن أقر بقبض المبيع أو الثمن ثم قال لم أقبض وأراد تخليف الآخر أنه أقبضه أو قال بعد أن أقر بقبض المبيع لم أقبض أو قال هذا فلان ثم قال هو لي وأراد تخليف فلان أو أقر بدين ثم قال كنت كاذبا وأراد تخليف الدائن أنه أقبضه لا يخلف في المسائل كلها عند أبي حنيفة ومحمد لأنه متناقض ، فهو كما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى عليه مالا وأراد تخليفه لا يخلف ، وعند أبي يوسف والشافعي يخلف وهو رواية عن أحد ، لأن العادة جرت على هذه الأشياء قبل تحققها تحرزا من امتناع القابض عن الإشهاد بعد أن يسلمه فيجب أن يراعى العادة ، وصار كما لو أقر بالبيع وقال : كان تلمجة وطلب يمين الآخر حاف عليه ، كذا هذا . وقال الصلبر الشهيد : الرأي في التخليف إلى القاضي يريد أنه يجتهد في خصوص الوقائع ، فإن غلب على ظنه أنه لم يقبض حين أقر وأشهد يخلف له خصمه وإن لم يغلب على ظنه فيه ذلك لا يخلفه ، وهذا إما هو بالترضس في الأخصام والله الهادي (قوله ومن ادعى على آخر مالا) معلوم

الخصومة وجب أن لا يفيد التصديق بعد الإنكار ، فإن الفسخ قد تم ، ولهذا لو كانت جارية حل وطؤها كما تقدم ، ويجوز أن يقال إن قوله ثم قال في مكانه إشارة إلى الجواب عن ذلك فإن العزم والنقل كانا دلائل الفسخ . وبه سقط ما قال في الكافي ذكر في الهداية أن أحد العاقدين لا يتفرد بالفسخ وذكر قبله ولأنه لما تعلق استيفاء الثمن من المشتري فأت رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب ، وذلك لأنه قال لما تعلق استيفاء الثمن يستبد ، وهاتما لما أقر المشتري في مكانه بالشراء لم يتعذر الاستيفاء فلا يستبد بالفسخ وإن كان الثاني ، كما إذا أقر بنسب عبده من إنسان فكذب المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه فإنه لا يثبت منه النسب عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن الإقرار بالنسب إقرار بما لا يحتمل الإبطال فلا يرتد بالرد وإن وافقه المقر على ذلك . قال (ومن ادعى على آخر مالا الخ) إذا ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك على شيء قط ، ومعناه نفي الوجوب عليه في الماضي على سبيل

(قوله فإن العزم والنقل الخ) أقول : انتقل قد يكون بالأمر للناس نفسه أو لغيره والأمر في مكانه .

فقال ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بيئته (وكذلك على الإبراء : وقال زهري رحمه الله : لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكروه فيكون مناقضا . ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ؛ ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى ، وكذا إذا قال ليس لك على شيء قط لأن التوفيق أظهر (ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك لم تقبل بيئته على القضاء) وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق لأنه لا يكون بين اثنين ، أخذ وإعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة بطون المعرفة . وذكر القدوري رحمه الله أنه تقبل أيضا لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على يابه

القدر وما تصح به الدعوى (فقال) للمدعى عليه (ما كان لك على شيء قط فأقام المدعى البينة على ألف وأقام هو البينة على القضاء قبلت بيئته ، وكذلك) لو أقامها (على الإبراء . وقال زفر لا تقبل) ونقل عن ابن أبي ليلى (لأن القضاء يتلو الوجوب وقد أنكروا الوجوب) حيث قال ما كان لك على شيء قط ، فإذا أقام بيئته على أنه قضاء ناقض (ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى دفعا للشغب) وإن لم يكن عليه حق (ويبرأ منه) لذا (يقال قضى بباطل ، و) أيضا (قد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى ، وكذا لو قال ليس لك على شيء قط لأن التوفيق أظهر) لأنه نفي في الحال وهو لا يستلزم النفي مطلقا لحواز القضاء أو الإبراء بعد الزوم فينتفى في الحال بعد وجوده ، وهذا الإطلاق يقضى قبول البينة إذا احتاج إلى التوفيق من غير دعوى التوفيق . وفي بعض المواضع شرط محمد دعوى التوفيق ، ولم يذكر في بعض المواضع فقيلا بشرط الدعوى في الكل ويجعل ماسكت فيه على ما ذكر فيه حتى قال في الأقضية : لا ينهي للقاضي أن يوفق لأنه نصب لفصل الخصومات لا لإنشائها ولأن القاضي لا يدري ما يوفق به المدعى . وفي الفوائد الظهيرية : كان والذي يفتى بأن التوفيق إذا كان ممكنا يجب على الحاكم التوفيق كي لا تمتنع حجج الشرع . والتوسط في هذا أن وجه التوفيق إذا كان ظاهرا متبادرا يجب أن يسمح البينة بلا توفيق المدعى كقوله ليس لك على شيء ثم أقامها على أنه قضاء ونحوه ، وإن كان متكلفا لا يمتريه القاضي واقعا ما لم يذكره المدعى ، والله سبحانه أعلم . وذلك مثل قوله وهبنا لي ثم أنكرها فاشترتها ، وكذا فيما يأتي في الجارية لم أبعها له ولكن أقام بيئته كاذبة بالبيع فسألته أن يبرئني من العيوب فإن مثل هذا في الحقيقة تلقين للحجة . هذا (فلو) زاد على ذلك فزاد ما كان لك على شيء قطولا أعرفك أو قال ولا رأيته أو قال ولا جرى بيني وبينك غلطة ولا أخذ ولا إعطاء أو ما اجتمعت معك في مكان وما أشبه ذلك ثم أقام بيئته على القضاء أو الإبراء (لم تقبل) لتعذر التوفيق (وذكر القدوري) عن أصحابنا (أنها تقبل أيضا لأن المحتجب أو المخدرة قد يؤذى بالشغب على يابه

الاستفراق فأقام المدعى البينة على ما ادعاه وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاء أو على الإبراء قبلت بيئته . وقال زفر : وهو قول ابن أبي ليلى : إنما لا تقبل لأن القضاء يتلو الوجوب ، وقد أنكروه فكان مناقضا في دعواه ، وقبول البينة يقتضي دعوى صحيحة . ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة والشغب ؛ ألا ترى أنه يقال قضى بباطل كما يقال قضى بحق ، وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى ، وكذا إذا قال ليس لك على شيء والمثله بما لا لأن التوفيق أظهر لأن ليس لنفي الحال ، فإذا أقام المدعى البينة على المدعى به والمدعى عليه

(قال المصنف : ولنا أن التوفيق ممكن لأن غير الحق قد يقضى ويبرأ) أقول : يخالف لما سأل في الإقرار في تحليل كونه قوله قضيتكما إقرارا (قال المصنف : وكذا إذا قال ليس لك الخ) أقول : لأن ليس لنفي الحال في وضع اللفظ فلا يكون مناقضا فيجوز القضاء لا ظاهرا ولا حقيقة ، بخلاف قوله ما كان لأنه لنفي المصافي فيكون مناقضا من حيث الظاهر .

قيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق . قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته فقال لم أبعها منك قط فأقام المشتري البينة على الشراء فوجد بها أصبعاً زائداً فأقام البائع البينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا .

فيأمر بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فأمكن التوفيق) فعلى هذا قالوا يجب التصصيل ، فإن كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بيئته وإلا قبلت . وفي الشافى : لو قال لم أدفع إليه شيئاً ثم ادعى الدفع لم يسمع لأنه يستحيل أن يقول لم أدفع إليه شيئاً وقد دفعته ، أما لو ادعى إقراره بالدفع إليه أو القضاء ينبغي أن يسمع لأن المناقض هو الذى يجمع بين كلامين وهما لم يجمع ، ولهذا لو صدقه المدعى عينا لا يكون مناقضا ذكره التمراشى . وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأن الإبراء يتحقق بلا معرفة (قوله ومن ادعى على آخر أنه باعه جارية فقال لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على شرائه) إياها منه قبضها (فوجد بها أصبعاً زائداً) أو نحوه من عيب لا يحدث مثله في تلك المدة ليعلم أنه كان في يد البائع وأراد ردها (فأقام البائع بينة أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل . وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا) يعنى التوفيق في الدين . وقوله وعن أبي يوسف يشير إلى أنها ليست ظاهر الرواية عنه ، ولذا لم يذكر محمد فيه خلافاً بين أصحابنا في الجامع الصغير ، وإنما حكاه الخصاف عن أبي يوسف رحمه الله . ووجه التوفيق هنا أن يقول لم يكن بيننا بيع ، ولكنه لما ادعى على البيع سأله أن يبرئ من العيب فأبرأه : قال شارح : ولأن البيع غير البراءة من العيب فوجود أحدهما لا يمنع دعوى الآخر ، ولا يفتى مافيه . وذكر في وجه التوفيق أيضاً أن يكون البائع وكلاء عن المالك في البيع فكان قوله للمالك ما بعها لك قط صدقاً إقامة البينة على البراءة من العيوب ليس مناقضاً ، والوجه أعم . لأنه لو كانت هذه الدعوى على الوكيل نفسه لا يوفق بذلك . ونظيره ما ذكر التمراشى : أقام بينة على الشراء وذو اليد ينكر ، ثم أقام المنكر بينة على أن المدعى قد رد البيع قبلت ، ولا يبطل إنكاره البيع بيئته لأنه يقول أخذها مني ببينة كاذبة ثم استقلته فأقامنى

على القضاء أو الإبراء قبل زمان الحال لم يتصور تناقض أصلاً ، قالوا : دلت المسئلة على قبول البينة عند إمكان التوفيق من غير دعواه ، واستدل الخصاف لمسئلة الكتاب بفصل دعوى القصاص والرق فقال : ألا ترى أنه لو ادعى على رجل دم عمه فلما ثبت عليه أقام المدعى عليه بينة على الإبراء والعفو أو الصلح معه على مال قبلت ، وكذا لو ادعى رقبة جارية فأنكرت وأقام البينة على رقيتها ثم أقامت هى بينة على أنه أعتقها أو كاتبها على ألف وأنها أدت الألف إليه قبلت ، ولو قال ما كان لك على شيء قط ولا أعرفك أو ما أشبهه كقول ولا رأيتك ولا جرى بيني وبينك مخالطة والمسئلة بها لم تقبل بيئته على القضاء وكذا على الإبراء لتعذر التوفيق إذ لا يكون بين اثنين أخذ وإعطاء وقضاء أو اقتضاء ومعاملة بلا خطلة ومعرفة . وذكر القدرى عن أصحابنا أنه أيضاً تقبل لأن المحتجب أو المضرة قد يؤذى بالشغب على يابه قيأمر بعض وكلائه بإرضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فكان التوفيق ممكناً . قالوا : وعلى هذا إذا كان المدعى عليه ممن يتولى الأعمال بنفسه لا تقبل بيئته ، وقيل تقبل البينة على الإبراء في هذا الفصل باتفاق الروايات لأنه يتحقق بلا معرفة . قال (ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه الخ) ومن ادعى على آخر أنه باعه جاريته هذه فقال المدعى عليه لم أبعها منك قط فأقام المدعى البينة على الشراء فوجد بها عيباً لم يحدث مثله في مثل تلك المدة كالأصبع الزائدة وأراد ردها على البائع فأقام البينة على أنه برئ إليه من كل عيب لم تقبل بيئته . ذكرها في الجامع الصغير ولم يحك خلافاً . والخصاف أثبتته عن أبي يوسف ، وأشار إليه المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنها تقبل اعتباراً بما ذكرنا من صورة الدين ، فإنه لو أنكره أصلاً ثم أقام البينة على القضاء أو الإبراء

ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا ، بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر . قال (ذكر حتى كتب في أسفله ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه إن شاء الله تعالى ، أو كتب في شراء فعل فلان خلاص ذلك وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله ، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : إن شاء الله تعالى هو على الخلاص وعلى من قام بذلك الحق ، وقولهما استحسان ذكره في الإقرار) لأن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق ، وكذا الأصل في الكلام الاستبعاد :

(ووجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضائه وصف السلامة إلى غيره فيستدعى وجود البيع وقد أنكره فكان مناقضا ، بخلاف الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا) ولا يخفى أن كلا من وجهي التوفيق الأول والثالث يلغى هذا (قوله ذكر حتى) يعني صكا في إقرار بدين (قال في آخره : ومن قام بهذا الذكر فهو ولي ما فيه) يعني من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ، ثم كتب (إن شاء الله) متصلا بهذه الكتابة أو صك شراء كتب فيه وما أدرك فلانا المشتري من الترك فعلى فلان خلاصة إن شاء الله (فعند أبي حنيفة يبطل الصك كله) الدين في الأول والشراء في هذا والخلاص (وعندهما كل من الدين والشراء صحيح ، وقوله إن شاء الله ينصرف إلى ما يليه) وهو وكالة من قام به وضمان الدرك خاصة (وقولهما استحسان له أن الكل بواسطة العطف كشيء واحد) اتصل به الاستثناء (فينصرف إلى الكل) للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وأمرته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر (ولهما أن الاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأن الذكر للاستيثاق ، وكذا الأصل في الكلام الاستبعاد) فقام العلم والمقصود من كتب الصك دلالة على قصر انصرافه إلى الأخير ، هذا هو المادة وعليه يعمل الحادث لأعلى أنه قد يكتب الإبطال لغرض قد يتفق : وظاهر الوجه من الجانبين أن إن شاء الله أجرى بالاتفاق يجري الاستثناء ، غير أن أبا حنيفة خالف مقتضاه وهو انصراف الاستثناء إلى ما يليه خاصة بسبب العطف ، وهما سلما ذلك لولا عروض فهم الغرض من كتبه وهو بعيد ، إذ لو

قبلت لأن غير الحق قد يقضى فأمكن التوفيق ، فكل ذلك يجوز هاهنا أن يقول : لم يكن بيننا بيع لكنه لما ادعى على البيع سألته أن يبرئني من العيب فأبرأني : وجه الظاهر أن شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة إلى غيره ، وذلك يقتضى وجود أصل العقد لأن الصفة بدون الموصوف غير متصورة وهو قد أنكره فكان مناقضا ، بخلاف مسألة الدين لأنه قد يقضى وإن كان باطلا على ما مر : قال (ذكر حتى كتب في أسفله الخ) إذا أقر على نفسه وكتب صكا وكتب في آخره : ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ، وأراد بذلك من أخرج هذا الصك وطلب ما فيه من الحق فله ولاية ذلك إن شاء الله تعالى أو كتب في كتاب شراء ما أدرك فيه فلانا من درك فعلى فلان خلاصه وتسليمه إن شاء الله تعالى بطل الذكر كله عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : الاستثناء ينصرف إلى قوله على فلان خلاصه وإلى من قام بذكر الحق والشراء صحيح ، والمال المقر به لازم لأنه استثناء ، والاستثناء ينصرف إلى ما يليه لأنه للاستيثاق والتوكيد وصرفه إلى الجميع مبطل ، فما فرض للاستيثاق لم يكن له ، هذا خلف باطل ، ولأن الأصل في الكلام الاستبعاد فلا يكون ما في الصك بعضه مرتبطا ببعض فينصرف الاستثناء إلى ما يليه وهذا استحسان . والجواب أن الذكر للاستيثاق مطلقا ، أولا إذا لم يكتب في آخره إن شاء الله تعالى ، والثاني تسلم ولا كلام فيه ، والأول عين النزاع ، والأصل في الكلام الاستبعاد إذا لم يوجد ما يدل على خلافه وقد وجد ذلك وهو العطف . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الكل فيما نحن فيه كشيء واحد بمحكم العطف فينصرف إلى

وله أن الكل كشيء واحد يحكم العطف فيصرف إلى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله تعالى إن شاء الله تعالى ؛ ولو ترك فرجة قالوا : لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت ، والله أعلم بالصواب .

كان كذلك لم يتصور وجود حمل متعددة ببعضها استثناء فينصرف إلى الأخيرة لأن وجود الحمل المتعددة إنما يكون بالعطف ، فإذا كان العطف يصيرها كواحد لزم في كل استثناء متصل بحمل منسوق بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ويستحيل وجود المسئلة ، بل الوجه إن شاء الله شرط ، وحكم الشرط إذا تعقب جملا منسوقة بعضها على بعض أن ينصرف إلى الكل ولذلك لم يعتق ولم تطلق ولم يلزم التلويحيا ذكرنا ، فشيء أبو حنيفة على حكمه ، وهما أخرجا صور كتب الصلح من عمومهما عارض اقتضى تخصيص الصلح من عموم حكم الشرط المتعقب جملا متعاطفة وهو ما ذكرناه ، ولذا كان قولهما استحسانا راجحا على قوله . هذا إذا كان إن شاء الله مكتوبا متصلا بالكتابة ، فلو فصل بيباض وهو الفرجة صار كفاصل السكوت فلا يعمل شيئا اتفاقا . وقد أورد أن هذا الكلام يقتضي أنه لو لم يكتب إن شاء الله لم يبطل شيء ، ويلزم صحة الوكالة للمجهول بالخصومة في قوله ومن قام بهذا الذكر فهو وليّ ما فيه ، وتوكيل المجهول لا يصح . أجب بأن الغرض من الكتابة إثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من يوكله المدعى ، فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبي حنيفة ، فإن التوكيل بالخصومة لا يصح إلا برضا الخصم عنده . ودفع بأنه لا يفيد على قوله لأن بهذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول ، والرضا بتوكيل وكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا . وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبي ليلى فإنه لا يصحح التوكيل بالخصومة بلا رضا الخصم إلا إذا وجد الرضا بتوكيل وكيل مجهول فحينئذ يجوز ، لكن ذكر في كتب المداهب الأربعة أن عند ابن أبي ليلى يجوز التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم مطلقا .

الكل ، كما لو قال عبده حرّ وامرأته طالق وعليه المشي إلى بيت الله إن شاء الله تعالى فإنه ينصرف إلى الجميع ، هذا إذا كتب الاستثناء متصلا من غير فرجة بيباض ليصير بمنزلة الاتصال في الكلام ، وأما إذا ترك فرجة قيل قوله ومن قام بهذا الذكر فقد قالوا لا يلتحق به ويصير كفاصل السكوت . وفائدة كتبه ومن قام بهذا الذكر في الشروط لإثبات الرضا من المقر بتوكيل من يوكله المقر له بالخصومة معه على قول أبي حنيفة ، فإن التوكيل بالخصومة عنده من غير رضا الخصم لا يصح بلا ضرورة ، وكونه توكيلا مجهولا لا يفسد بضاير لأنه في الإسقاط ، فإن للمقر أن لا يرضى بتوكيل المقر له بمن يخاصم معه لما يلحقه من زيادة الضرر بتفاوت الناس في الخصومة ، فإذا رضى فقد أسقط حقه ، وإسقاط الحق مع الجهالة جاز كما تقدم . وقيل هو للاحتراز عن قول ابن أبي ليلى لأنه لا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم ، إلا إذا رضى بوكالة وكيل مجهول لأعن مذهب أبي حنيفة فإن الرضا بالوكالة المجهولة عنده لا يثبت فوجوده كعلمه .

(قال المصنف : وله أن الكل ، إلى قوله : إن شاء الله) أقول : لا يقال كيف خالف أبو حنيفة أصله فإن الاستثناء ينصرف إلى الأخيرة على أصله ، لأن ذلك في الاستثناء يلا ، وقوله إن شاء الله شرط ساخ بإطلاق الاستثناء عليه في فهمه وليس إياه حقيقة فتأمل ، والله تعالى أعلم .

(فصل في القضاء بالمواريث)

قال (وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الوريثة أسلمت قبل موته فالقول قول الوريثة) وقال زفر رحمه الله : القول قولها لأن الإسلام حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات . ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيها مضي تحكيما للحال كما في جريان ماء

(فصل في القضاء بالمواريث)

(وإذا مات نصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته) فأنما أستحق في ميراثه (وقالت الوريثة) بل (أسلمت قبل موته) فلا ميراث لك (فالقول قول الوريثة) وكان الأولى أن يقال بدل قوله فالقول قول الوريثة لا تصدق إلا بينة لأن العادة أن من كان القول له يكون مع عينه ، ولا حلف عليهم إلا إن ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم (وقال زفر : القول لها لأن الإسلام حادث في الظاهر (إضافته إلى أقرب الأوقات . ولنا أن سبب الحرمان) من الميراث (ثابت في الحال فيثبت فيها مضي تحكيما للحال كما في جريان ماء

(فصل في القضاء بالمواريث)

قد تقدم لنا الكلام فيها يوجب تأخير هذا الفصل إلى هذا الموضع . قال (وإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة الخ) ذكر مسألتين مما يتعلق بإثباته باستصحاب الحال وهو الحكم بثبوت أمر في وقت بناء على ثبوته في وقت آخر . وهو على نوعين : أحدهما أن يقال كان ثابتا في الماضي فيكون ثابتا في الحال كحجية المفقود : والثاني أن يقال هو ثابت في الحال فيحكم بثبوته في الماضي كجريان ماء الطاحونة كما سنذكره ، وهو حجة دافعة لا مثبته عندنا كما عرف في أصول الفقه فإذا مات النصراني فجاءت امرأته مسلمة وقالت أسلمت بعد موته وقالت الوريثة أسلمت قبل موته فالقول الوريثة . وقال زفر : القول قولها لأن الإسلام حادث بالانقضاء ، والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات لذلك . ولنا أن سبب الحرمان ثابت في الحال لاختلاف الدينين ، وكل ما هو ثابت في الحال يكون ثابتا فيها مضي تحكيما للحال : أي باستصحاب الحال كما في جريان ماء الطاحونة إذا اختلف فيه المتعاقدان بعد مضي مدة فإنه يحكم في الحال ، فإن كان الماء جاريا في الحال كان القول للأخير وهو صاحب الطاحونة ، وإن كان منقطعاً كان القول للمستأجر :

(فصل في القضاء بالمواريث)

(قوله كان القول للأخير وهو صاحب الطاحونة) أقول : أفكر صدر الشريعة في شرح الوقاية صحة إطلاق لفظ الأكبر على المأجر فراجع . قال في النهاية ومراجع البداية : فإن قيل : الماء إذا كان جاريا في مسئلة الطاحونة يحمل حجة لصاحب الطاحونة فيصنع الأجر فقد تمسك بالحال لإثبات استحقاقه الأجر . قلنا : اتفقا على سبب الوجوب وهو العقد ، ولكن اختلفا في التأكيد والظاهر يصلح حجة للتأكيد ، وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجود المذهب وهو الزوجية مع اتفاقهما : أي الزوج والزوجة في الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة . فإن قيل : يشكل هذا بمسئلة ذكرها في الأصل إذا مات وترك ابنتين فقال أحدهما مات أبي مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صفت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكلبه الابن للمنفق على إسلامه فالقول قول الابن للمنفق على إسلامه ، ولم يحمل الحال حكما على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البينة . قلنا : ما ذكرنا من الطريق إنما يصار إليه إذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت

الطاحونة ؛ وهذا ظاهر نعتبه للدفع ؛ وما ذكره يعتبره للاستحقاق ؛ ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قولهم أيضا ، ولا يحكم الحال لأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي محتاجة إليه ، أما الورثة فهم الدافعون

الطاحونة وهذا ظاهر) هو استصحاب : أئني استصحاب الماضي للحال (نعتبه للدفع ، وما ذكره) استصحاب هو عكس ذلك لأن الاستصحاب يكون من الماضي للحال ومن الحال إلى الماضي ، ولكنه (اعتبره للاستحقاق) وليس حكم الاستصحاب كذلك ، والمراد بجريان ماء الطاحونة ما إذا اختلف مالهما مع المستأجر إذا طالبه بمدة فقال : كان الماء منقطعا حكم جريانه في الحال ، فإذا كان منقطعا في الحال فيعطف على الماضي لدفع استحقاق أجرة الماضي فكنا هنا ، والتعبير بالاستصحاب أحسن من التعبير بالظاهر ، فإن ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهر أكابر الأحاد قد أثبت ما يوجب استحقاقا (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول لهم أيضا ولا يحكم الحال) هنا (لأن) الاستصحاب للاستحقاق وهي محتاجة إليه ، أما الورثة فهم الدافعون) والاستصحاب يكفي لهم في ذلك وهو

(قوله وهذا) يعني تحكيم الحال أو الحال (ظاهر نعتبه للدفع استحقاقها الميراث) وهو صحيح (وهو) أعني زفر (يعتبره للاستحقاق) وهو ليس بصحيح عندنا ، وفيه نظر لأن زفر لم يجعل استحقاقها للميراث بالحال بل بأن الأصل في الحادث الإضافة إلى أقرب الأوقات ، ويموز أن يجاب بأن ذلك أيضا ظاهر ، والظاهر استصحابا كان أو غيره لا يعتبر للاستحقاق على أنه يستلزم العمل بالاستصحاب كما سيظهر (ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعد موته فالقول قول الورثة أيضا ولا يحكم الحال) لأن تحكيمه يؤدي إلى جعله حجة للاستحقاق الذي هي محتاجة إليه وهو لا يصلح لذلك ، وهذا القدر يمت الدليل . وقوله (أما الورثة فهم الدافعون) إشارة إلى معنى آخر ، وهو أن في كل مسألة منها اجتمع نوعا

في الحال ، أما إذا اتفقا في الماضي على خلاف ما هو ثابت في الحال غير أنهما اختلفا في مقداره فلا يصار إلى تحكيم الحال (١) وإن كان السبب قائما ، أو يرى أن فيمسطة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الإجازة بأن قال المستأجر كان الماء منقطعا شهرين وقال الآخر بل انقطع شهرا فالقول للمستأجر بميته منقطعا كان أو جباريا في الحال لأنهما اختلفا في جريان مقدرا انقطاع مقدرا وذلك غير ثابت للحال ، وفي مسألة الابنتين ومسئلة الكتاب حاصل الاعتلاف واقع في مقدار مدة الإسلام لأن نفس الإسلام ، والثابت في الحال نفس الإسلام مقدر فهما هو المانع في المسئلة . وذكر الإمام الترمذ مسألة وهي ترد أيضا شبهة على الأصل وهو أن الاستحقاق لا يثبت بالظاهر فقال : لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض بين صار هو فارا به وقالت الورثة في المسئلة فالقول قول المرأة ، لأنها أكثر المانع وهو الإطلاق في الصحة : يعني الأصل عدم المانع انتهى . وفيه تأمل ، ثم أقول : في قوله : فإن قيل يشكل هذا إلى قوله على قيام السبب في الحال وهو البينة بحث ظاهر ، إذ يجوز أن يقال : السبب هنا البينة مع الاتفاق في البين عند الموت كما في الزوجية لا البينة فقط (قوله وهذا إلى تحكيم الحال إلى قوله : وفيه نظر لأن زفر الخ) أقول : فالنفس البارز في يمينه راجع إلى الظاهر لا إلى الحال كما لا يخفى .

(١) (قول الحق إلى تحكيم الحال ، إلى آخر القول) كذا في نسخة ، وفي أخرى يده إلى الإفشاء ، بل يجوز لشاهد أن يشهد بخلاف الشهادة على الشهادة أم . قال القائل التبرك بنفرضه عليه رحمة الله : كذا في النهاية وليس كما ينبغي ، بل معنى إيجاب الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضع الشارع له وحكم يترتب عليه من غير أن يحتاج إلى غيره من قضاء قاض كالبيع فإنه يثبت حكمه : أصنى الملك بنفسه ، وكذا الإقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه : وعلى هذا الخلاف الشهادة إذا تحملها الشاهد فإنها لا يثبت (الحكم بنفسه) بل إذا قلنا أنه يجلس القاضي وحكم القاضي بها ، ولعمري إن هذا من الظهور ، وفيه بحث لا يخفى على من له أدب مسكة فضلا عن هادئ الأعلام أم . وقيل معناه أن حكم البيع لثبوت الملك المشتري في البيع وفي الثمن البائع يثبت بنفسه المقدر ، وكذا في الفخارة ، أما الشهادة فما لا يثبت حكمه بنفسه بل

ويشهد لم ظاهر الحدوث أيضا :

استصحاب ما في الماضي من كضرها إلى ما بعد موته ، فالمستلطان مبنيان على أصل واحد وهو أن الاستصحاب اعتبر فيها للدفع لا للاستحقاق . فلان قيل : اعتبار الحال في ماء الطاحونة شاهدا للماضى عمل بإثبات الاستحقاق بالاستصحاب فلان به يستحق الكفا أجر الماضى إذا كان جاريا . أجيب بأن هناك اتفاقا على وجود سبب الوجوب وهو العقد ، ولكن اختلفا في التأكيد ، والظاهر يصلح حجة للتأكيد . وفي مسألة الميراث نفس السبب يختلف فيه وهو الزوجية مع اتفاق الزوجين في الدين عند الموت . واستشكل بما ذكر محمد في الأصل إذا مات وترك ابنتين فقال أحدهما مات أبى مسلما وقد كنت مسلما حال حياته وقال الآخر صدقت وأنا أيضا أسلمت حال حياته وكذبه الابن المتفق على إسلامه . وقال بل أسلمت بعد موته فالقول للابن المتفق على إسلامه ، ولم يجعل الحال حكما حكما على إسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البزوة . أجيب بأنه إنما يصر لما ذكر من الطريق إذا اختلفا في تمام الماضى في ثبوت ما هو ثابت للحال . ولما إذا اختلفا في مقدار منه فلا يصر إلى تحكيم الحال وإن كان السبب قائما ، حتى أن في مسألة الطاحونة إذا اتفقا على الانقطاع في بعض مدة الإجارة بأن قال المستأجر كان الماء مقطعا شهرين وقال الآخر شها فالقول للمستأجر مع يمينه مقطعا كان الماء أو جاريا في الحال لأنهما اختلفا في جريان مقرر هو غير ثابت للحال . وفي مسألة الابنتين ومسئلة الكتاب الاختلاف واقع في مقدار مدة الإسلام لا في نفس الإسلام أنه كان أو لم يكن والثابت في الحال نفس الإسلام لا إسلام مقدر فهذا هو المأخذ في المسئلة . وذكر الإمام الترتاشي مسئلة وهي ترد أيضا شبهة على الأصل : أعني كون الاستحقاق لا يثبت بالظاهر ، وهو لو ادعت المرأة أنه أبانها في المرض فصار فارا فأنا أرث وقالت الوريثة بل في الصحة فالقول قولها لأنها أنكرت

الاستصحاب : أما في الأولى فلأن نصرانية امرأة النصراني كانت ثابتة فيما مضى ثم جاءت مسلمة وادعت إسلاما حادثا ، فيالنظر إلى ما كانت فيما مضى والأصل فيه أن يبقى هو من النوع الأول ، وبالنظر إلى ما هو موجود في الحال . والأصل فيه أن يكون موجودا فيما مضى هو من النوع الثاني ، فلو اعتبرنا الأول حتى كان القول قولها كان استصحاب الحال مثبتا وهو باطل فاعتبرنا الثاني ليكون دافعا فكان القول قوله . وأما في الثانية فلأن نصرانيتها كانت ثابتة والإسلام حادث ، فالنظر إلى النصرانية يقتضى بقاءها إلى ما بعد الموت ، والنظر إلى الإسلام يقتضى أن يكون ثابتا قبل موته ، فلو اعتبرناه لزم أن يكون الحال مثبتا وهو لا يصلح فاعتبرنا الأول ليكون دافعا والوريثة هم الدافعون فيقدم الاستدلال به : وقوله (ويشهد لم) دليل آخر وهو أن الإسلام حادث والحادث يضاف إلى أقرب الأوقات . فلان قيل : إن كان ظاهر الحلو معتبر في الدلالة كان ظاهر زفر في المسئلة الأولى معارضا للاستصحاب ويحتاج إلى مرجح والأصل علمه . فالجواب أنه معتبر في الدفع لا في الإثبات ، وزفر يمتريه للإثبات : ونوقض بقض إجمالى وهو أن ما ذكرتم على أن الاستصحاب لا يصلح للإثبات لو كان صحيحا بجميع مقدماته لما قضى بالأجر على المستأجر إذا كان ماء الطاحونة جاريا عند الاختلاف لأنه استدلال به لإثبات الأجر . والجواب أنه استدلال لدفع ما يدعى المستأجر على الأجر من ثبوت العيب الموجب لسقوط الأجر ، وأما ثبوت الأجر فإنه بالعقد السابق الموجب له

بقضاء القاضي هذا ، وبالنظر ما في النهاية لما أن الذى يحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام الذى لا المشهود به ، ولأن تقدير الكلام يشهد له كالا يقتضى .

قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فإنه يدفع المال إليه) لأنه أقر أن ما في يده حتى الوارث خلافة فصار كما إذا أقر أنه حتى المورث وهو حتى أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حتى لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حتى المودع إذ هو حتى فيكون إقرارا على مال الغير، ولا كذلك بعد موته، بخلاف المدين إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض لأن الديون تقضى بأتمالها فيكون إقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع إليه فلو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وقال الأول ليس له ابن غيري قضى بالمال للأول) لأنه لما صح إقراره للأول انقطع يده عن المال فيكون هذا إقرارا على الأول فلا يصح إقراره للثاني، كما إذا كان الأول ابنا معروفا، ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له فصيح، وحين أقر للثاني له مكذب

المانع من الإرث وهو الطلاق في الصحة: يعني والأصل عدم المانع (قوله ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم) مثلا (وديعة فأقر المستودع أنه ابن الميت لا وارث له غيره) فإن التقاضي يقضى عليه بالدفع إليه (لأنه أقر أن ما في يده حتى الوارث) ملك له (خلافة فهو كما إذا أقر أنه حتى المورث وهو حتى أصالة، بخلاف ما إذا أقر) المودع (لرجل أنه وكيل المودع بالقبض) أي يقبض الوديعة (أو أنه اشتراه) أي اشترى الوديعة التي في يده من المودع (حيث لا يؤمر بالدفع إليه لأنه أقر بقيام حتى المودع) وملكه في الوديعة الآن (إذ هو حتى فيكون إقرارا على مال الغير، ولا كذلك بعد موته) لزوال ملكه فإنه أقر له بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وإن كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حتى غيره: أعني المالك لأنه لا يملك إبطال ملكه بإقراره فصار كالإقرار بالوكالة بقبض الوديعة، ثم لو دفع إلى الذي اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة هل له أن يسترد ما؟ قيل لا لأنه يصير ساعيا في نقض ما تم به. وقال ظهير الدين كان والذي يرد في جواب هذه المسئلة، ولو لم يدفع الوديعة للذي أقر له بالوكالة حتى هلكت قيل يضمها لأنه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كما لو منعها من نفس المودع، وقيل لا لأنه لم يجب عليه الدفع (بخلاف المدين إذا أقر لرجل أنه وكيل الدائن بقبض ماله عليه) فإنه يؤمر بالدفع إليه لأنه غير مقر على مال غيره (إذ الديون تقضى بأتمالها) والمثل ملك المقر (فلما أقر على نفسه) حتى يرجع عليه الدائن إذا لم يعترف بالوكالة إذا قدم (فيؤمر بالدفع. ولو قال المودع لآخر هذا ابنه أيضا وأنكر الابن الأول قضى بالمال للأول) وحده (لأنه لما صح إقراره للأول) على ذلك الوجه (انقطع يده على المال فيكون إقرارا على الغير وهو الابن) (الأول فلا يصح كما لو كان الأول ابنا معروفا، ولأنه حين أقر للأول لا مكذب له فصيح، وحين أقر للثاني له مكذب) وهو

فيكون دافعا لا موجبا، واعتبر هذا واستغن عما في النهاية من التطويل: قال (ومن مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة الخ) رجل مات وله في يد رجل أربعة آلاف درهم وديعة فأقر المودع لرجل أنه ابن الميت لا وارث له غيره يقضى الحاكم عليه بدفعه إلى المقر لأنه أقر أن ما في يده حتى الوارث وملكه خلافة. ومن أقر بملك شخص عنده وجب دفعه إليه كما إذا أقر أنه حتى المورث وهو حتى أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع لأنه أقر بقيام حتى المودع لكونه حيا فيكون إقرارا على مال الغير، ولقال أن يقول: كان الواجب في المسئلة الأولى أن لا يؤمر بالدفع لجواز قيام حتى الميت في المال باعتبار ما يوجب قيامه فيه لحاجته إليه كالدين وغيره: فإن خلافة الوارث متأخرة عن ذلك. والجواب أن استحقاق الوارث ثبت بإقراره بيقين، وما يوجب قيام حتى الميت في المال متوهم فلا يؤخر اليقين به، فإذا امتنع في الوديعة حتى هلك هل يضمن أولا؟ قيل يضمن، وقيل لا يضمن، وكان ينبغي أن يضمن لأن المنع من وكيل

فلم يصح .

الأول (فلا يصح) وهل يضمن للابن الثاني شيئا . قال في غاية البيان : إنه لا يلزم الموعد للابن الثاني شيئا بإقراره له لأن استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف ، وهنا لأنه لا يلزم من مجرد ثبوت البتة ثبوت الإرث فلا يكون الإقرار بالبتة إقرارا بالمال . وفي الدراية والنهاية وغيرهما يضمن الموعد نصف ما أدى للابن الثاني الذي أقر له إذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضى . وبه قال الشافى في قول وأحمد في قول ، وفي قول لا يضمن لأن إقراره للابن صادم ملك الغير فلا يلزم منه شيء . وقال في النهاية : فإن قيل : كان ينبغي أن يضمن الموعد للابن الثاني الذي أقر له أنه ابن الميت كما لو بدأ الموعد بالإقرار لغير القاضى المعزول بالوديعة ثم أقر بتسليم القاضى إليه ، وقد ذكر في أدب القاضى من الكتاب أنه يضمن للقاضى قيمته قلنا : هنا أيضا يضمن إذا دفع الوديعة إلى الابن الأول بغير قضاء القاضى نصف ما أدى إلى الأول انتهى . وهنا هو الصواب . واختلف في اللفظة إذا أقر الملتقط بها لرجل هل يؤمر بالدفع إليه ؟ مذكور في القطة . وفي الجامع الصغير : لو ادعى الوصاية وصدقه مودع الميت أو العاصبته لا يؤمر بالدفع ، هنا كله في الابن ، فلو أقر الموعد لرجل أنه أخو الميت شقيقه وأنه لا وارث له غيره وهو يدعيه أو لمن ادعى وصية بألف مثلا أنه صادق فالقاضى يتأني في ذلك لأن استحقاق الأخ بشرط عدم الابن ، بخلاف الابن لأنه وارث على كل حال غير أنه احتمال مشاركة غيره وهو موهوم والبت كالابن وفي الوصية هو مقر على الغير لأنه أقر أنه ليس بخلف عن الميت ، وإذا تأني إن حضر وارث آخر دفع المال إليه لأنه خلف عن الميت وكان القول قوله في الوصية ، وإن لم يحضر وارث آخر أعطى كل مدع ما أقر به لكن بتكليف ثقة ، وإن لم يجد كفيلا أعطاه المال وضمنه إن كان ثقة حتى لا يهلك أمانة ، وإن كان غير ثقة تلوم القاضى حتى يظهر أنه لا وارث للميت ، أو اكبر رايه ذلك ثم يعطيه المال ويضمنه ، ولم يقدر مدة التلوم بشيء بل موكول إلى رأى القاضى وهذا أشبه بأبي حنيفة وعندهما مقدر يحول ، هكذا حكى الخلاف في الخلاصة عن الأقضية . قال : وعن أبي يوسف مقدر بشهر ، هذا إذا قال ذو اليد لا وارث له غيره ، فإن قال له وارث ولا أدري أمات أم لا لا ينبغي إلى أحد منهم شيئا لأقبل التلوم ولا بعده حتى يقيم المدعى بينة تقول لا نعلم له وارثا غيره ، وكل من يرث في حال دون حال كالأخ والأب والأم والبن كالأب ، ولو ادعى أنه أخو الغائب وأنه مات وهو وارثه لا وارث له غيره ، أو ادعى أنه ابنه أو أبوه أو مولاه أعققه أو كانت امرأة وادعت أنها عمة الميت أو خالته أو بنت أخيه وقال لا وارث له غيرى وادعى آخر أنه زوج أو زوجة للميت أو أن الميت أوصى له بجميع ماله

الموعد في زعمه كالميت من الموعد وفي المنع عنه يضمن فكذا من وكيله ، وإن سلمها هل له أن يسترد ما ؟ قيل لا يملك ذلك لأنه يصير ساعيا في نقض ما تم من جهته ، بخلاف المديون إذا أقر بتوكيل غيره بالقبض حيث يؤمر بالدفع لأنه ليس فيه إقرار على الغير ، بل الإقرار فيه على نفسه لأن الديون تقضى بأمثالها ، ولو أقر الموعد بعد الإقرار الأول لرجل آخر بأنه أيضا ابن الميت وأنكره الأول بأن قال ليس له ابن غيرى قضى بالمال للأول ، لأنه لما صح إقراره للأول في وقت لا مزاحم له انقطع يده عن المال ، فالإقرار الثاني يكون إقرارا على الأول فلا يصح كما إذا كان الأول ابنا معروفا ، ولأنه حين أقر للأول لم يكتبه أحد فصيح إقراره ، وحين أقر للابن الثاني كتبه الأول فلا يصح . واعترض بأن تكذيب غيره ينبغي أن لا يؤثر في إقراره فيجب عليه ضمان نصف ما أدى للأول . وأجابوا بالترام ذلك إذا دفع الجميع بلا قضاء كالنسي أقر بتسليم الوديعة من القاضى بعد ما أقر لغير من أقر له القاضى وقد

قال (وإذا قسم الميراث بين الغرماء والورثة فإنه لا يؤخذ منهم كفيلا ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يؤخذ الكفيل ، والمسئلة فيها إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره .

أو ثلثه وصدقهما ذو اليد وقال لا أدرى للميت وارثا غيرهما أو لا لم يكن للميت الوصية شيء بهذا الإقرار ، ويدفع القاضي إلى الأب والأم والأخ ومولى العتاقة أو العمة أو الخالة أو بنت الأخ إذا انفرد ، أما عند الاجتماع فلا يزاحم مدعى البنوة مدعى الأخوة لكن مدعى هذه الأشياء إذا زاحمه مدعى الزوجية أو الوصية بالكل أو الثلث مستدلا بإقرار ذي اليد فدعى الأخوة أو البنوة أولى بعد ما يستحلف الابن ما هذه زوجة الميت أو منوصى له ، هذا إذا لم تكن بينة على الزوجية أو الوصية ، فإن قام أخذ بها ، وهل يؤخذ منه الكفيل ؟ تقدم ، ولو أقر ذو اليد أن الميت أقر أن هذا ابنه أو أبوه أو مولاه أعقبه أو أوصى له بالكل أو ثلثه ، أو أن هذه زوجته فأمسك للابن والمولى كما لو عايناه أقر ، بخلاف النكاح وولاء الموالاة والوصية لأن ذا اليد أقر بسبب متيقن (قوله وإذا قسم الميراث بين الغرماء) أو بين الورثة (لا يؤخذ منهم كفيلا) عند أبي حنيفة (و) قال (هذا شيء احتاط فيه بعض القضاة وهو ظلم) كأنه عني به ابن أبي ليلى فإنه كان يفعل بالكوفة (وقالوا : يؤخذ الكفيل) أى لا يدفع إليهم حتى يكفلوا (والمسئلة فيها إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره) أما إذا ثبتا بالإقرار فيؤخذ

تقدم في أدب القاضي ، وأما إذا كان الدفع بقضاء كان في الإقرار الثاني مكذبا شرعا فلا يلزمه الإقرار به . قال (وإذا قسم الميراث بين الغرماء الخ) إذا حضر رجل وادعى دارا في يد آخر أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثا له ؛ فلما أن يقر به ذو اليد أولا ، فإن كان الثاني وأقام على ذلك بينة فهو على ثلاثة أوجه : أحدها أنهم قالوا تركها ميراثا لورثته ولم يعرفوه ولا عددهم وفيه لا تقبل الشهادة ولا يدفع إليه شيء حتى يقيم بينة على عدد الورثة لأنهم ما يشهدوا على ذلك لم يعرف نصيب هذا الواحد منهم ، والقضاء بالمجهول متعذر . والثاني أنهم شهدوا أنه ابنه ووارثه لا تعرف له وارثا غيره ، وفيه يقضى الحاكم للتركة من غير تلوم وهاتان بالاتفاق . والثالث أنهم إذا شهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره ، فإن القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى . وقد روي الطحاوي مدة التلوم بالحول ، فإن حضر وارث غيره قسمت فيها بينهم ، وإن لم يحضر دفع الدار إليه إن كان الحاضر ممن لا يجب حمانا كالأب والابن ، فإن كان ممن يجب بغيره كالجد والأخ فإنه لا يدفع إليه ، وإن كان ممن يجب نقصانا كالزوج والزوجة يدفع إليه أو أفراد التصبيين وهو النصف والربع عند محمد رحمه الله ، وأقلهما هو الربع والثلث عند أبي يوسف رحمه الله ، وقول أبي حنيفة مضطرب ؛ فإذا كان ممن لا يجب ودفع الدار إليه هل يؤخذ منه كفيلا بما دفع إليه ؟ قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يؤخذ ونسب القاتل به إلى الظلم . قيل أراد به ابن أبي ليلى وقالوا : له ذلك وإن كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة . لهما أن القاضي ناظر للغيب ولا نظر بترك الاحتياط في أخذ الكفيل فيحتاط القاضي بأخذه ،

(قوله كان في الإقرار الثاني مكذبا شرعا الخ) أقول : وأما في المسئلة المتقدمة فلم يكن مكذبا شرعا في قوله تسلمت من القاضي إذ لا إثم عليه تسلمتها من كونه من أقر له فافهم (قال المصنف) وإذا قسم الميراث أقول : فيه تسامح (قوله ولم يقولوا في شهادتهم لا نعرف له وارثا غيره) أقول : أو غير ما غيره كما يعلم من الرواية وشرحه (قوله هل يؤخذ منه كفيلا الخ) أقول : وفي الدار بالنفس (قوله وإن كان الأول يؤخذ الكفيل بالاتفاق لكون الإقرار حجة قاصرة) أقول : قال في النهاية : قال الإمام انترقاضي : لو قال المودع لرجل من ابن الميت ولم يزد

لهما أن القاضى ناظر للغيب ، والظاهر أن فى الركة وراثا غائبا أو غربا غائبا ، لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاج بالكفالة ، كما إذا دفع الآبق والقطعة إلى

الكفيل بالاتفاق ، وإذا قال الشهود لا نعلم له وارثا غيره لا يكفل بالاتفاق ولا يتأقضى القاضى سواء كان ذلك الوارث ممن يجب أو لا يجب ، ولو قالوا لا وارث له غيره فكنك استحسننا . ثم ما ذكر من نبي الدفع إذا لم يقل الشهود لا نعلم له وارثا آخر هو فيها إذا كان وارثا لا يجب بغيره ، وتفصيل المسئلة فى أدب القاضى للصدر الشهيد قال : وإذا حضر الرجل ولدعى دارا فى يد رجل أنها كانت لأبيه مات وتركها ميراثا له وأقام على ذلك بيته ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفهم بل قالوا وتركها لورثته لا تقبل ولا يدفع إليه شيئا حتى يقيم بيته على عدد الورثة ليصير نصيب هذا الواحد معلوما ، والقضاء بغير المعلوم متعسر . وهنا ثلاثة فصول : الأول هذا ، وهو ما إذا لم يشهدوا على عدد الورثة ولم يعرفهم . والثانى أن يشهدوا أنه ابنه ووارثه لا نعلم له وارثا غيره ، فإن القاضى يقضى بجميع الركة بلا تلوم . الثالث أن يشهدوا أنه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا لا نعلم له وارثا غيره فإن القاضى يتلوم زمانا على قنر مايرى ، فإن حضر وارث آخر قسم المال بينهم ، وإن لم يحضر دفع الدار إليه يأخذ كفيلا عندهما ، ولا يأخذ عند أبى حنيفة رضى الله عنه ثم إذا يدفع إلى الوارث الذى حضر جميع المال إذا كان ممن لا يجب كالأب والابن ، فإن كان يجب بغيره كالجدة والأخ والعلم لا يدفع إليه ، وإن كان ممن يجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يدفع إليه أقل النصيبين عند أبى يوسف ، وعند محمد أوفرهما وهو النصف للزوج والربع للزوجة ، وقول أبى حنيفة مضطرب . هذا إذا ثبت الدين والإرث بالشهادة ، فأما إذا ثبت بالإقرار فيؤخذ الكفيل بالاتفاق . ومن صورته ما إذا أقر المودع لرجل أنه ابن الميت ولم يز د عليه فالقاضى يتأقضى على حسب ما يرى ولا تقدير فيه ، وهو أليق بقول أبى حنيفة رحمه الله وهو أن ينظر زمانا يغلب على ظنه أنه لو كان له ابن آخر لظهر ، وقدره الطحاوى يعام ، فإن لم يظهر وارث آخر دفع المال وأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر . قيل هذا قولهما ، وعند أبى حنيفة لا يأخذ ، وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبيته (لهما أن القاضى ناظر للغيب) أى مأمور بالنظر لم (والظاهر أن فى الركة وارثا غائبا أو غربا غائبا ، لأن الموت قد يقع بغتة فيحتاج بالكفالة ، كما إذا دفع (القاضى (الآبق والقطعة إلى)

كما إذا دفع القاضى العبد الآبق والقطعة إلى رجل أثبت عنده أنه صاحبه فإنه يأخذ منه كفيلا ، وكما لو أعطى نفقة امرأة الغائب إذا استفتقت فى غيبته وله عند إنسان ودعية يقر بها المودع وقيام النكاح فإنه يفرض لها النفقة ويأخذ منها كفيلا . ولا أبى حنيفة أن حق الحاضر ثابت قطعا إن لم يكن له وارث آخر يبين ، أو ظاهرا إن كان له وارث آخر فى الواقع لم يظهر عند الحاكم فإنه ليس بمكلف بإظهاره بل بما ظهر عنده من الحجة ، فكان العمل بالظاهر واجبا عليه ، والثابت قطعا أو ظاهرا لا يؤخر لموهم كمن أثبت الشراء من ذى اليد أو أثبت الدين على العبد حتى بيع فيه فإنه ينفق المبيع إلى المشتري والدين إلى المدعى من غير كفيل ، وإن كان حضور مشتريه قبله وغريم آخر

عليه فالقاضى يتأقضى فى ذلك زمانا حل حسب مايرى . وذكر بكر أن كل موضع ذكر يطوم القاضى يكون ذلك مفوضا إلى القاضى ، وقدر الطحاوى مدة التلوم بالمحل ، وإن لم يظهر له وارث آخر أمر ببيع المال ويأخذ كفيلا لاحتمال أن يظهر وارث آخر ، هذا قولهما . وعنه أبى حنيفة لا يأخذ ، وقيل يأخذ عند الكل لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبيته له .

صاحبه وأعطى امرأة الغائب النفقة من ماله . ولأى حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا ، أو ظاهرا فلا يؤخر حتى موهوم إلى زمان التكفيل كمن أثبت الشراء ممن في يده أو أثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل ، ولأن المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لأحد الغرماء

الذى أثبت عنده أنه (صاحبه) أخذ كفيلا للمعنى الذى ذكرنا وهو أن القاضى مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه (و) كذا إذا (أعطى امرأة الغائب) يعنى إذا كانت تستنفق : أى تطلب (النفقة) وزوجها غائب وله فى يدرجل ودية وهو مقر بالزوجة والوديعه فالقاضى يعطيها (من ماله) ويأخذ كفيلا (ولأى حنيفة رحمه الله أن الحق ثابت قطعا) أى فى إذا كان الوارث الآخر معدوما (أو ظاهرا) فيها إذا كان موجودا والقاضى لم يكاف بإظهاره على وجهه بوجب حق الحاضر بل هو مكاف بالعمل بما ظهر عنده (فلا يؤخر) إلى زمان التكفيل (حتى موهوم) أريت لو لم يجد كفيلا كان منع حقه هذا ظلما وصار (كمن أثبت الشراء ممن في يده) لا يؤخذ كفيل من المشتري بعد ما أثبت شرائه بالحجة (و) لا يؤخذ الكفيل من رب الدين (الذى أثبت دينه على العبد بالبيعة حتى يبيع) العبد (لأجل دينه) وإن كان يتوهم حضور مشتر آخر قبله وغريم آخر للعبد (ولأن المكفول له مجهول فهو كما لو كفل لأحد الغرماء ، بخلاف النفقة لأن حق الزوج ثابت والزوج معلوم ، فأما الآبق والقطعة ففى) (أخذ) الكفيل روايتان عنه ، والأصح أنه على الخلاف . وقيل إن دفع القطعة بعلامة أو بإقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ، ولهذا كان له أن يمنح مع العلامة وإقرار العبد بالإباق . لا يقال : يأخذ الكفيل لنفسه صيانة لقضائه عن النقص لأنه ليس بمنضم ، ولا يقال يأخذ للميت لأن حقه فى تسليم ماله إلى وارثه وقد أثبت ورائته فلا معنى للاشتغال بأخذ الكفيل . فإن قيل : القاضى يتلوم فى هذه الصورة بالإجماع ذكره فى الأسرار وكذا ذكر الصلبر الشهيد ، والتلوم : إنما هو لتوهم وارث أو غريم آخر ، وبعد التلوم ما انقطعت الشبهة فينبغى أن يأخذ الكفيل لبقائه الشبهة ويدفع إلى الحاضر لقيام الحجة لأن الحجة راجعة على الشبهة فأظهرنا رجحانها فى الدفع إليه فيجب أن يظهر قيام الشبهة فى حق الكفيل عملا بالجهتين . أجب بأن العمل يجب بالحجة بعد قيامها لا بالشبهة وليس التكفيل بالتلوم لأن التلوم لطلب علم زائد له ليتم علمه بالقدر الممكن ، فإن التلوم يقوم مقام قول الشهود لاوارث له غيره فإن هذا ليس بشهادة لأنها على النقي ، بل هو خبر يؤكد ظن انتفاء غيره ، أما الكفالة فطلب

فى حق العبد متوهمها فلا يؤخر حتى الحاضر حتى موهوم إلى زمان التكفيل (قوله ولأن المكفول له) دليل آخر على عدم جواز أخذ الكفيل ، وذلك لما تقدم أن جهالة المكفول له تمنع صحة الكفالة وهاهنا المكفول له مجهول فلا يصح كما لو كفل لأحد الغرماء . فإن قيل : إذا أقر به ذو اليد يؤخذ منه كفيل بالاتفاق كما تقدم وذلك كفالة مجهول . أجب بأنه إذا أقر به لم يبق له فيه ملك ولم يثبت للمقر له بحجة كاملة فكان مظنة أن ثمة مالكا لاجالة ، وأقل ذلك يثبت المال وهو معلوم فكان التكفيل له . ونقل الترمذى فيه خلافا فإن ثبت فلا إشكال . لا يقال : الحاكم يأخذ الكفيل لنفسه لأنه ليس بمنضم ولا للميت لأن الكفالة لتوثيق المطالبة كما مر وهى من الميت غير متصورة . وعرض بأن القاضى يتلوم فى هذه الصورة بالإجماع على ما يراه ، وفى ذلك تأخير حتى ثابت قطعا أو ظاهرا كما ذكرتم حتى موهوم فدل على أن التأخير جائز . وأجب بأن التلوم ليس للحق الموهوم ، بل إنما هو

(قوله أجب بأنه إذا أقر به الخ) أقول : فالجواب فى مسئلة الآبق والقطعة ، ثم الكفالة تكون بالدين الصحيح (قوله وعرض بأن القاضى الخ) أقول : ويمكن توجيهه نقضا كما لا يخفى (قوله وأجب بأن التلوم ليس للحق الموهوم) أقول : ألا ترى أن التلوم موجود وإن قال الشهود لا تعلم لوارثا آخر .

بخلاف الثقة لأن حق الزوج ثابت وهو معلوم . وأما الآبق واللقطة ففيه روايتان ، والأصح أنه على الخلاف . وقيل إن دفع بعلامة اللقطة أو إقرار العبد يكفل بالإجماع لأن الحق غير ثابت ، ولهذا كان له أن يمنع . وقوله ظلم : أى ميل عن سواء السبيل ، وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله أن المجتهد يخطئ . ويصيب لا كما ظنه البعض . قال (وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذى هى في يده ولا يستوثق منه بكفيل ، وهذا عند أبى حنيفة . وقالوا : إن كان الذى هى في يده جاحدا أخذ منه وجعل في يد أمين ، وإن لم يجحد ترك في يده) لهما أن الجاحد بخائن فلا يترك المال في يده . بخلاف المقر لأنه أمين . وله أن القضاء وقع للميت مقصودا

أمر زائد من المستحق فلا يجوز إلا بتوجه حق عليه ولا يتوجه بالموهم . قال المصنف (وقوله ظلم) أى قول أبى حنيفة (يكشف عن مذهبه أن المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض) أنه قائل بأن كل مجتهد مصيب كقول المعزلة جرّم إلى هذا القول بوجوب الأصلح فكان صيانة المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا . وسبب نسبة هذا القول إلى أبى حنيفة ما روى عنه أنه قال ليوسف بن خالد السعدي : كل مجتهد مصيب ، والحق عند الله واحد . ولو حل على ظاهره لكان متناقضا ، إذ قوله والحق عند الله واحد يفيد أنه ليس كل مجتهد أصاب الحق ، وإلا لكان الحق متعددا ، فلزم أن معنى قوله كل مجتهد مصيب : أى يصيب حكم الله تعالى بالاجتهاد ، فإنه تعالى أوجب الاجتهاد على المتأهل له فإذا اجتهد فقد أصاب بسبب قيامه بالواجب . وقال محمد : ولو تلاحنا ثلاثا ففرق القاضى بينهما فقد وقال أخطأ المسئ (قوله وإذا كانت الدار في يد رجل وأقام الآخر البينة أن أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذى هى في يده) إلى أن يحضر الغائب (ولا يستوثق منه بكفيل ، وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى ، وقالوا : إن كان الذى هى في يده) قد (جحد) فأقيمت عليه البينة (أخذ منه) النصف (فوضع على يد أمين ، وإن لم يكن يجحد ترك في يده . لهما أن الجاحد خائن) ظهرت خيانه بالجحد (فلا يترك في يده) لقرب أن يتصرف فيه إما لاعتقاده أنها ملكه وأن البينة كذبة أو للخيانة (بخلاف ما لو أقر) أنها مال الميت مودع عنده فإنه لم تظهر منه خيانة وقد رضيها الميت فكان أولى بحفظها (ولأبى حنيفة أن القضاء) إنما (يقع أولا للميت مقصودا) لأنه بعد ثبوت أنه ماله

أمر يفعله القاضى لنفسه احتياطا في طلب زيادة ما يبدل على نبي شريك للحاضر في الاستحقاق بحيث يقوم مقام قول الشهود لا واورث له غيره في الدلالة على ذلك ، فإن هذه الزيادة من الشهود ليست بشهادة لأن الشهادة على النبي باطلة بل خبر يستأنس به على نبي الشريك ، والتلوم من القاضى يقوم مقامه في إفادة ذلك في حقه وليس ثمة طلب شيء زائد من المستحق ، بخلاف طلب الكفالة . وقوله (بخلاف الثقة) جواب عما استشهد به من المسائل . أما مسألة الثقة فلأن التكفيل فيها لحن ثابت وهو ما يأخذه الحاكم من المال من مودع الزوج والمكفول له وهو الزوج معلوم أيضا فصحت الكفالة (وأما الآبق واللقطة ففي كل واحد منهما روايتان) قال في رواية : لا أحب أن يأخذ منه كفيل ، وقال في رواية : أحب أن يأخذ منه كفيل ، قالوا في شروخ الجامع الصغير : والصحيح أن الرواية الأولى قول أبى حنيفة فلا يصح القياس حينئذ . وقال العتاني (إن دفع العبد بإقراره إلى المدعي واللقطة بإخبار المدعي عن علامة فيه يكفل بالإجماع) قال المصنف (لأن الحق غير ثابت) ولهذا كان له أن يمنع

واحتمال كونه مختار الميت ثابت فلا تنقض يده كما إذا كان مقراً وجوده قد ارتفع بقضاء القاضى ، والظاهر عدم الجحود فى المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضى ، ولو كانت الدعوى فى منقول فقد قبل يؤخذ منه بالاتفاق لأنه يحتاج فيه إلى الحفظ والزرع أبلغ فيه ،

حينئذ تقضى ديونه ويقسم المال (وكونه مختار الميت ثابت) مع جحده (فلا تنقض يده كالمقر وجوده قد ارتفع بقضاء القاضى) بها للميت (والظاهر عدم جحوده بعد ذلك لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضى) وموت القاضى وعزله قبل أن يصل الغائب ، وكذا احتراق المخضر والتلف نادر لا يوجب اختلاف الحكم لندرته (فلو كانت الدعوى فى منقول) وأنكر والباقى بحاله (فتدقيق يؤخذ منه) النصف (بالاتفاق لأنه يحتاج إلى الحفظ

(قوله ، وقوله) أى قول أبى حنيفة (ظلم : أى ميل عن سواء السبيل) إنما ذكره تمهيداً لما ذكره بقوله (وهذا) أى إطلاق الظلم على المجتهد فيه (يكشف عن مذهب أبى حنيفة رحمه الله أن المجتهد يخطئ * ويصيب) ويقرر أن مذهب أصحابنا المتفقهين براء عن مذهب أهل الاعتزال فى أن كل مجتهد مصيب ، وادعائهم أن ذلك مذهب أبى حنيفة وأصحابه رحمهم الله وقد قرأنا ذلك فى التقرير بعون الله تعالى مستوفى . قال (وإذا كانت الدار فى يد رجل الخ) دار فى يد رجل أقام آخر البيت أن أباه مات وتركها ميراثاً بينه وبين أخيه فلأن الغائب قضى له بالنصف وترك النصف الآخر فى يد ذى اليد ولا يؤخذ من ذى اليد كفىل ، وهذا : أى ترك النصف الآخر فى يد من فى يده عند أبى حنيفة رحمه الله ، وأما عدم الاستيثاق بالكفيل ما هنا فبالإجماع ، وقالوا : من فى يده الدار إن كان جاحداً أخذ منه النصف الآخر وجعل فى يد أمين وإلا ترك فى يده ، لأن الجاحد خائن والخائن لا يترك مال الغير فى يده والمقر أمين فيجوز أن يترك المال بيده . ولأبى حنيفة أن القضاء وقع للميت مقصوداً تقضى منه ديونه وتنفذ صاياه ومن وقع له القضاء يعتبر فومن المقضى بيده كونه مختاراً له وهو ثابت فيها نحن فيه فلا تنقض يده بيد من هو غير مختار له ، وإنما قال واحتمال كونه لأن كون المال بيد من هو بيده باختيار الميت ليس بقطعى ، واحتمال ذلك يفيد المطلوب فاكتم به كما إذا كان من بيده مقراً فإنه إنما يترك الباقى بيده كذلك (قوله وجوده) جواب عما ذكرناه . ووجهه أن الحليانة بالجحود إما أن تكون باعتبار ماضى أو ما سياتى ، والأول قد ارتفع بقضاء القاضى فكذا لازمه . والثانى ظاهر العلم لأن الحادثة لما صارت معلومة للقاضى ولبن بيده ذلك ، وكتبت فى الخريطة الظاهر أن لا يمحذ فى المستقبل لعلمه بعلم الفائدة . لا يقال : موت القاضى والشهود ونسيانها للحادثة واحتراق الخريطة أمور محتملة فكان الجحود محتملاً ، لأن ذلك نادر والنادر لا يحكم له (ولو كانت الدعوى فى منقول) والمستلة بحالها

(قال المصنف : والظاهر عدم الجحود فى المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له الخ) أقول : قال فى الكفاى : أى لئى إليه وجوده باعتبار اختيار الأمر عليه وقد زال اه . ينى أن الظاهر ذلك ، وأنت غير بأنه يفهم من ذلك إمكان منع قولها إن الجاحد خائن (قال المصنف : والزرع أبلغ فيه) أقول : أى فى المنقول : كذا فى مراجع الدراية والنباهة . الظاهر أن يقال : أى فى الحفظ كما يدل عليه تقرير الكفاى .

بمخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار ، وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير . وقيل المنقول على الخلاف أيضا ، وقول أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لحاجته إلى الحفظ ، وإنما لا يؤخذ التكفل لأنه إنشاء خصومة والقاضي إنما نصب لقطعها لا لإنشائها ، وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيعة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء لأن أحد الورثة

والزعر أبانغ في الحفظ) من تركه في يده إذ ربما يتصرف فيه متولا كما ذكرنا أو خيانة (بمخلاف العقار لأنها محصنة بنفسها ولهذا) أي ولأجل أن المنقول يحتاج إلى الحفظ دون العقار ، والزعر أبانغ في حفظه من تركه (يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار . وكذا حكم وصي الأم والأخ والعم على الصغير) يملك بيع المنقول مع أن هؤلاء ليس لهم ولاية في المال (وقيل المنقول على الخلاف أيضا) عنده يترك في يد الذي جحد وعندهما يؤخذ منه (وإنما لا يؤخذ التكفل) على قول أبي حنيفة من الذي هي في يده (لأنه إنشاء خصومة ، والقاضي إنما نصب لقطعها) وهذا لأنه ربما لا يجد كفيلا أو لا يسمح بإعطائه والأخ الحاضر يطالبه به فتور الخصومة (ثم إذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البيعة ويسلم النصف إليه بذلك القضاء) الكائن في غيبته (لأن أحد الورثة

(فقد قيل يزعم من يده) النصف الآخر (بالافتاق) والفرق بينه وبين العقار أن المنقول يحتاج فيه إلى الحفظ ، وما يحتاج فيه إلى الحفظ فالزعر أبانغ فيه ، أما أنه يحتاج فيه إلى الحفظ فلأنه ليس بمحصن بنفسه أقبول الانتقال من محل إلى محل ، أو أن الزعر أبانغ فيه فلأن الزعر أبانغ في الحفظ ، لأنه لما جحد من يده ربما يتصرف لخياته أو لزعمه أنه ملكه . وإذا نزع الحاكم ووضعه في يد أمين كان هو عدلا ظاهرا فكان للمال به محفوظا (بمخلاف العقار فإنها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الكبير الغائب دون العقار ، وكذا وصي الأم والأخ والعم على الصغير) وإنما خصهم بالذكر لأنه ليس لهم ولاية التصرف ولم ولاية الحفظ وهذا من باب (ومن المشايخ من قال المنقول أيضا على الخلاف وقول أبي حنيفة فيه أظهر) بناء على ما ذكرنا من حاجته إلى الحفظ ، فإذا ترك في يده كان مضمونا عليه ، ولو أخذ منه لم يكن مضمونا على الذي يضعه القاضي في يده فكان الترك أبانغ في الحفظ ولعل هذا هو الظاهر لأن ما قيل إنه لما جحد من يده ربما يتصرف لخياته أو لزعمه أنه ملكه ساقط لعبارة نظرا إلى ما تقدم من علم القاضي وطائفة من الناس وكتابته في الخريطة ، وذلك ثابت مقتضى ثبوت الخلاف في العقار فسقط الفرق (قوله وإنما لم يؤخذ التكفل) راجع إلى قوله ولا يستوثق منه بتكفل . ومعناه أخذ التكفل لإنشاء خصومة ، لأن من يده الباقي قد لا تسمح نفسه بإعطائه والقاضي يطالبه به فينشئ الخصومة والقاضي لم ينصب لإنشائها بل لقطعها . فإن قيل : هب أن القاضي لم ينصب لذلك فليكن الخصم هو الحاضر يطالبه بالتكفل والقاضي يقطعها بمحكمه بإعطائه . قلت : يجعل تركيب الدليل هكذا طلب التكفل هاهنا إنشاء خصومة وهو مشروع لقطع الخصومة ورفعها فما فرضناه رفعها لشيء كان منشأ له هذا خلف (قوله وإذا حضر الغائب) اختلف المشايخ في

(قوله أو نزع أنه ملكه) أقول : أي إن كان عدلا (قوله فإذا ترك في يده كان مضمونا عليه) أقول : يعني بسوءه السابق وفيه بحث ، فإنه قد ارتفع مع لزومه الذي هو الخيانة بقضاء القاضي كما صرح به آتفا فينبغي أن لا يضمن (قوله ومعناه أخذ التكفل) أقول : الأول طلب التكفل (قوله والقاضي يطالبه به) أقول : فيه إشارة إلى أن ما في آتفا يضمن قوله الأخ الحاضر يطالبه بالتكفل ليس على ما ينبغي لعدم طائفة من الخمر (قوله لعين قيل : هب البع) أقول : ويمكن أن يجاب بهذا الحاضر ليس يضمن عن الغائب فاستبداه ملكه فليس له المطالبة بالتكفل (قوله وهو مشروع لقطع البع) أقول : القطع الخصومة المستدرة ، ثم أقول : فيه بحث لأنه إن أراد كليا فدفع ؛ ألا يرى إلى ضمان الدرك ، وإن أراد جزئيا فسلم ولا يبيد ، المهم

ينتصب خصما عن الباقيين فيما يستحق له وعليه دينا كان أو عينا لأن المقضى له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك، بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائباً عن غيره، ولهذا لا يستوفى إلا نصيبه وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت، إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة إذا كان الكل في يده. ذكره في الجامع لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على مافي يده.

ينتصب خصماً عن بقية الورثة فيما لم وعليهم دينا كان أو عيناً (فقد قامت على خصم حاضر بالنسبة إلى كل الورثة وهذا منهم. وقوله (لأن المقضى له وعليه إنما هو الميت في الحقيقة) على ما ذكرنا من قريب (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك، بخلاف الاستيفاء) أى استيفاء نصيبه (لأنه عامل فيه لنفسه) لا للميت (فلا يصلح نائباً عن غيره فهذا لا يستوفى إلا نصيب نفسه وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت) فإنه يقضى بالكل ولا يأخذ إلا نصيب نفسه. وقوله (إلا أنه إنما يثبت استحقاق الكل على أحد الورثة) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقيين فيما يستحق له وعليه ويكون قضاء على جميع الورثة (إذا كانت) التركة كلها (في يده)

في وجوب إعادة البينة إذا حضر، فهم من قال بذلك على قياس قول أبي حنيفة في القصاص إذا أقام الحاضر البينة على أنه قتل أباه عمدا ثم حضر الغائب فإنه يحتاج إلى إعادتها، ومنهم من نفاه وهو اختيار المصنف. قال الإمام فخر الإسلام: وهو الأصح لأن أحد الورثة ينتصب خصماً عن الباقيين فيما يستحق للميت مطلقاً وعليه) إن كان الكل بيده كما سيجيء (دينا كان أو عينا لأن المقضى له وعليه في الحقيقة إنما هو الميت) لما ذكرنا (وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك) كالوكيلين بالخصومة إذا غاب أحدهما كان الآخر أن يخاصم، ولهذا قلنا: إذا ادعى رجل على أحدهم دينا على الميت وأقام عليه البينة يثبت في حق الكل، وكذا إذا ادعى أحدهم دينا للميت على رجل وأقام عليه البينة يثبت في حق الكل. فإن قيل: لو صلح أحدهم للخلافة لكان كالميت وجاز له استيفاء الجميع كالميت لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع: أجاب بقوله (بخلاف الاستيفاء لنفسه لأنه عامل فيه لنفسه فلا يصلح أن يكون نائباً عن غيره) ولقائل أن يقول: فليكن عاملاً لنفسه في نصيبه ونائباً عن غيره فيما زاد ولا محذور فيه. وجوابه أن السائل قال: لكن لا يدفع إليه سوى نصيبه بالإجماع، وما كان كذلك لا يقبل التثنيك، وقوله (وصار كما إذا قامت البينة بدين الميت) أى بدين الميت أو عليه كما ذكرنا بيان لقوله وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه وتقريره ما من وقوله (إلا أنه) استثناء من قوله لأن أحد الورثة ينتصب خصماً إلى قوله له وعليه: يعني أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا على الميت يكون خصماً عن جميع الدين إن كان جميع التركة بيده، ذكره في الجامع (وإلا كان خصماً عما في يده لأنه لا يكون خصماً بدون اليد فيقتصر القضاء على مافي يده.

إلا أن ينضم بحيث يشمل على النزاع ثم لأنهم أنه ليس ما هنا خصومة متقدمة إلا أن يقال: ارتفع ذلك بقضائه فليتأمل (قوله إذا أقام الحاضر البينة (لن)) أقول: التفصيل في باب الشهادة في القتل (قوله وجوابه أن السائل (لن)) أقول: اعتراف بورود ذلك على كلام المصنف والتجاء إلى جواب آخر، وأنت تعلم أن كونه نائباً عن غيره فرع التوكيل من الغير ولا يوجد فليتأمل، ولا مجال لقيامه مقام الميت لأن الاستيفاء ليس له بخلاف الإلزام فليتأمل (قوله يسي أنه لو ادعى أحد على أحد الورثة دينا (لن)) أقول: فيه أنه يجب أن يكون المراد دعوى البين، فإن البين يثبت على الوارث الحاضر وغيره وإن لم يكن في يد الحاضر شيء على ماصرحوا. ويمكن أن يجاب بأن المراد يكون خصماً في جميع البين، فحق الاستحقاق عليه ويقصر القضاء بالاستحقاق عليه على مافي يده فليتأمل.

قال (ومن قال مالى فى المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة ، وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء) والقياس أن يلزمه التصديق بالكل ، وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال كما فى الوصية .

أى فى يد الحاضر ، حتى لو كان البعض فى يده يتفد بقدره لأنه لا خصومة بدون اليد ، ذكره فى الجامع الكبير . قال فى شهادات الموارث : ولو مات وترك دارا وثلاثة بنين وابنان غائبان والدار فى يد الحاضر فادعى رجل الدار على الحاضر فقص عليه القصة وقال مات والدنا وأخوئى فلان وفلان قيصا نصيبهما وأودعائى وغابا وقال المدعى كانت دارى فى يد أبيكم وأعلم أن الغائبين قيصا ثلثها شائعا وأودعها عنك وأنا أقسم البينة أنها دارى تقبل وخو ليد خصم لأن أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فما يدعى عليه ، فإن حضر الغائبان وصدقا فى الإرث وجهدا حتى المدعى فالتقضاء ماض ، وإن كذبا وقال لا نرثها من أبيتنا بل ثلثناها لنا لا بالإرث يقال للمدعى أعد بيتك عليهما فى ثلثي الدار لأن ذلك على غير خصم لأن إقرار الحاضر يعمل فى حقه لا فى حق الغائبين . قال الثانى : قال مشايخنا : هذا إذا لم تكن الدار مقسومة ، أما إذا اقتسموها وأودع اثنان نصيبهما الحاضر وغابا لا تقبل بينة المدعى فى نصيبهما على الحاضر والتحق هذا بسائر أموالهما فلا يكون الحاضر خصما فيها ، بخلاف ما قبل القسمة لأنه متى على حكم ملك الميت على ماعرف . ولو كان ثلث الدار فى يد رجل مقسوم أو غير مقسوم أودعه عنده الغائبان وهو مقر بأن دية لهما ميراث من أبيهما لم يكن خصما للمدعى ، وكذلك الابن الحاضر لا يكون خصما فى ذلك لأن الوارث إنما يكون خصما للمدعى على الميت فما فى يده لا فى يد غيره . قال الاستروشنى فالخاصل أن أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فى عين هو فى يده لا فى عين ليس فى يده ، حتى أن من ادعى عينا من التركة وأحضر وارثا ليس فى يده ذلك العين لا تسمع دعواه ، وفى دعوى الدين ينتصب خصما عن الميت وإن لم يكن فى يده شيء (قوله ومن قال مالى فى المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكاة) فيلزمه التصديق بجميع ما يملكه من التقدين والسوأم وأموال التجارة ويمسك قوته ، فإذا أصاب شيئا تصدق بقدر ما أمسك ، وإذا وجب التصديق ب كله فلا فرق بين أن يبلغ ماعنده نصابا أولا ، لأن المعتبر جنس ما فيه الزكاة دون قدره ، ولنا قالوا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به ، فإن قضى به ديناً لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعد إلى أن يوفى (ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل مال ، والقياس أن يلزمه التصديق بالكل) فيها (وبه قال زفر) والبنى والنخعي والشافعى . وقال مالك وأحمد : يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لأبي لبابة حين قال : إن من توبى أن أنخلع من مالى صدقة : « يترك الثلث » (لعموم اسم المال كالوصية) وقال عليه

قال (ومن قال مالى فى المساكين صدقة الخ) رجل قال مالى فى المساكين صدقة وجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملكه من أجناس الأموال التى تجب فيها الزكاة كالقدين والسوأم وأموال التجارة . بلغ النصاب أولا ، لأن المعتبر هو جنس مال الزكاة والقليل منه ، ولهذا قالوا إذا نذر أن يتصدق بماله وعليه دين يحيط بماله لزمه التصديق به ، فإن قضى به دينه لزمه التصديق بقدره عند تملكه لأن المعتبر جنس ما تجب فيه الزكاة ، وإن لم تجب الزكاة ولا يجب التصديق بالأموال التى لا تجب فى جنسها الزكاة كالعقار والرقيق وأثاث المنازل وقياب البهولة وغير ذلك (وإن أوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس) فى الأول أيضا (أن يقع على كل شيء كما قال به زفر) لأن اسم المال جام

(قال المصنف : ومن قال مالى فى المساكين الخ) أقول : وفى لهراد مسألة التدرج فى فصل التقضاء للموارث فطر ، ولعله ذكرها بإيجاز لفرق بينها وبين الوصية التى هى أحسن للميراث .

وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فيصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع فيه الصدقة من المال : أما الوصية فأُخت الميراث لأنها خلافة كهى فلا يختص بمال دون مال ، ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة ، أما الوصية تقع في حال الاستثناء فيصرف إلى الكل وتدخل فيه الأرض العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة ، إذ جهة الصدقة في العشرية راجعة عنده ، وعند محمد رحمه الله لا تدخل لأنها سبب

الصلاة والسلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه » (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى فيصرف إلى ما أوجب الشرع فيه الصدقة) وما أوجب به التصديق ذكره بلفظ العموم وعاق الإيجاب ببعضه ، قال تعالى - نذر من أموالهم صدقة - ولم يعم كل مال ، وهذا بناء على أن مقتضى اللفظ إنما يصدق بالأخذ من كل مال ، وذكرنا في الأصول أن بالأخذ من جنس الأموال يصدق بأنه أخذ من أموالهم حقيقة ، وإنما ذاك قول الشافعى ، والأحسن أن حمله على العموم مخالف للشرع إذ منع منه قوله تعالى - ولا تبسطها كل البسط - فوجب تقيدها ببعضها ، ثم عينا ذلك البعض بتعيين الله تعالى إياها بإيجاب التصديق منها . وأما قوله عليه الصلاة والسلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه » لا ينافيه لأن إخراج ما ذكرنا من أجناس المال طاعة ، وإنما يلزم لو تقييد بجميع ما تلفظ به وهو متنفذ بلزوم المعصية . وحديث أبى لهابة ليس فيه تصريح بأنه نذر ذلك فهو على أنه نوى ذلك وقصده . وأما الوصية فمجرد نيلها على نحو ذلك أيضاً قلنا : لو أوصى بجميع ماله وله وريثة لا ينفذ لأن في تنفيذه ارتكاب المعصية فيقتصر على الثلث المفسوخ له فيه مع وجود الورثة . وأما نفاذه في الكل إذا لم يكن له وريثة فلائها إنما توجب ذلك في حال استغنائه بالموت فانتفى المانع الشرعى ، وهذا لأن النهى ما كان في حالة الحياة إلا لإقامة حاجته الناجزة في الحياة وعدم البداية بنفسه الماء ور بها في قوله صلى الله عليه وسلم « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » فبوذى إلى ضيق نفسه وحررها وهو قد يكون سبب المعصية ، وهذا المعنى متنفذ بعد الموت . وقول المصنف (ولأن الظاهر أنه إنما يلزم الصدقة الخ) يصلح تقريراً للإبداء المخصص يعنى أن العموم وإن كان ثابتاً لكن هنا معنى يخصه

يتناول الجميع (وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله) إذ ليس للعبد ولاية الإيجاب مستلداً به لئلا ينزع إلى الشركة وإيجاب الشرع في المال من الصدقات مضاف إلى أموال خاصة ، فكذا إيجاب العبد ، ولا يرد الاعتكاف حيث لم يوجب في الشرع من جنسه شيء ، وهو معتبر لأنه لبث في مسجد جماعة عبادة وهو من جنس الوقوف يعرفات ، أولاً لأنه في معنى الصلاة لأنه لا تنتظر أوقات الصلاة ، ولهذا اختص بمسجد جماعة والمتنظر للصلاة كأنه في الصلاة (أما الوصية فهى أخت الميراث لأنها خلافة كالورثة) من حيث أنهما يشبان الملك بعد الموت (ولا يختص الميراث بمال دون مال) في الشرع فكذا الوصية (قوله ولأن الظاهر) دليل آخر : يعنى أن الظاهر من حال الناذر (التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكاة) لأن الحياة مظنة الحاجة إلى ما تقوم به حوائجها الأصلية فيختص النذر بمال الزكاة (أما الوصية فإنها تقع في حال الاستثناء عن الأموال فتصرف إلى الكل ، والأرض العشرية تدخل في النذر وعند أبى يوسف رحمه الله لأنها سبب الصدقة إذ جهة الصدقة عنده راجعة) في العشر فصارت الأرض العشرية كأموال التجارة لأنها من جنس الأموال التى تجب فيها الصدقة (ولا تدخل عند محمد) وذكر الإمام القزوينى قول أبى حنيفة مع محمد رحمهما الله (لأنه) أى الأرض العشرية والتذكير لتذكير أن خبر (سبب المؤنة إذ جهة المؤنة راجعة عنده) فصارت مثل عبد الخلعة (وأما الأرض الخراجية .

(قوله وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر الخ) أقول : ليس معناه أن إيجاب العبد معتبر من كل الوجوه بإيجاب الله تعالى ، وإلا لم يجب له التصديق بكل ماله وهو ظاهر .

المؤنة ، إذ جهة المؤنة واجحة عنده ، ولا تدخل أرض الخراج بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة . ولو قال ما أملكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لأنه أعم من لفظ المال ، والمقيد بإيجاب الشرع وهو مختص بلفظ المال فلا يختص في لفظ الملك فبقى على العموم ، والصحيح أنها سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة على مامر ،

وهو أن الظاهر من إرسال لفظ عام بالخروج عن كل ماله مع قيام حاجته المستمرة لنفسه وعياله علم كونه على وجه يدخل الضرر عليه وعليهم ، فكان ظاهرا في إرادة الخصوص ، وما ذكرناه من لزوم المعصية بتقدير اعتبار عمومها هو أيضا من إبداء المخصص ، وهذا من أفراد ترك الحقيقة بدلالة . وهل تدخل الأرض العشرية فيجب التصديق بها عند أبي يوسف نعم لأن جهة الصدقة غالبية في العشر . وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا ، لأن جهة المؤنة غالبية عنده ، ولا تدخل الخراجية اتفاقا يتمحض الخراج مؤنة ولذا وجب في أرض الصبي والوقف (ولو) كان (قال ما أملك صدقة قيل يجب الكل) لأن المقيد في الشرع المذكور بلفظ المال . قال المصنف (والصحيح أنها سواء لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) وهذا يؤيد ذلك بقصد المولى إلى التخصيص بذلك المعنى بقليل تأمل ، وكان مقتضى ما ذكر في اللفظين أن يثبت مثله في قوله لله على أن أهدى جميع مالى أو جميع ملكى ، إلا أن الطحاوى ذكر أنه يجب الكل ، بخلاف ما لو حلف به فقال إن فعلت كذا فقه على أن أهدى جميع مالى حيث يجب الكل بلا إشكال لأن عقد اليمين لمنع النفس عن المذكور بالترام ما يكرهه على تقديره فافتتح باب إرادة العموم ، إلا أن هذا على جعل المخصص المعنى الذى عينه المصنف ، وأما على جعله لزوم المعصية فيجب أن يخص أيضا فكان تعويلهم ليس عليه ، وقوله (على مامر) يريد وجه الاستحسان هذا .

فلا تدخل بالإجماع لأنه يتمحض مؤنة (لأن مصرفه المقابلة وفيهم الأغنياء) ولو قال ما أملك صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال (زكوايا أو غيره وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة ، ذكرها في الأموال لأن ما أملك أعم من مالى لأن الملك يطلق على المال وغيره ، يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك النفقة ، والمال لا يطلق على ما ليس بمال ، وإذا كان أعم ينصرف إلى غير أموال الزكاة أيضا إظهارا لزيادة عمومها . فإن قيل : الصدقة بالأموال مقيدة في الشرع بأموال الزكاة فزيادة التعميم خروج عن الاعتبار الواجب الرعاية . أجب (بأن المقيد لإيجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال ولا يختص في لفظة الملك فيبقى على العموم وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون لإيجاب العبد معتبرا بإيجاب الشرع (والصحيح أنها) أى لفظ مالى وما أملك (سواء) فيها نحن فيه فيختصان بالأموال الزكوية ، وهو اختيار الإمام خمس الأئمة السرخسى (لأن الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة) قال في النهاية : إن قوله (على مامر) إشارة إلى ما ذكر من وجه الاستحسان بقوله إن لإيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى

(قوله وإيجاب الشرع في المال الخ) أقول : إذا عبر بلفظ المال كقوله تعالى - خذ من أموالهم صدقة - (قوله فكذلك إيجاب العبد) أقول : إذا أضاف الإيجاب إلى لفظ المال (قوله وفيه نظر لأنه حينئذ لا يكون لإيجاب العبد معتبرا بإيجاب الشرع) أقول : ممنوع ، فإن إيجاب الله تعالى الصدقة في جنس الأموال يكتفى باختيار إيجاب العبد به كما في إيجاب الاحتكاف على مملوك أو على غيره أنه لو قال كل مال أملك بما يصنف به فهو صدقة ينصرف إلى مال الزكاة والبدلة والمهنة كما سرح به في النهاية مع أنه ليس من الله تعالى إيجاب على هذا الوجه فيلغأمل .

(ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب بمسك من ذلك قوته ، ثم إذا أصاب شيئا تصدق بمثل ما أمسك لأن حاجته هذه مقلمة ولم يقدر محمد بشيء لاختلاف أحوال الناس فيه . وقيل المحترف بمسك قوته ليوم وصاحب الغلة لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم إلى المال ، وعلى هذا صاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله . قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم الوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصى والبيع جائز ، ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الفصل الأول أيضا لأن الوصاية إنابة بعد الموت فتعتبر بالإنابة قبله وهي الوكالة . ووجه الفرق على الظاهر أن الوصاية خلافة لإضافتها

(ثم إذا لم يكن له مال إلا ما دخل تحت الإيجاب يعني مال الزكاة على بعد ذلك بمسك منه قوته) ويتصدق بما سواه (وإذا استفاد شيئا تصدق بقدر ما أمسك ولم يقدر محمد) مقدارا في أصل المبسوط (لاختلاف أحوال الناس) من قلة العيال أكثرتهم والرخاء والغلاء فيختلف الاعتبار (وقيل المحترف بمسك ليوم) لأنه يكتب يوما فيوما (وصاحب الغلة) وهو من لهوائيت أو دوريجيها بمسك (شهر) لأن يده تصل إلى نفقته بعد شهر (وصاحب الضياع لسنة) لأن غلتها كذلك ، وأما في عرف ديارنا فيعضهم كذلك وبعضهم يؤجرها بدارهم على ثلاثة أقساط كل أربعة أشهر قسط فينبغي أن يسلك إلى تمام أربعة أشهر (وعلى هذا فصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) (قوله ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فالبيع جائز وهو وصى) بخلاف الوكيل إذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ لأنه لا يصير وكيلًا حتى يعلم (وعن أبي يوسف لا يجوز في الوصية أيضا لأن الوصاية إنابة) أي استتابة والمعروف من اللغة في الإنابة إنما هو معنى الرجوع والإقلاع من أناب إلى الله ، واستبدل في النهاية أنها بمعنى الاستتابة باستعمال الترخشي لما كذلك في تفسير سورة الروم ، والترخشي نفسه يفعل كذلك فينزل علم المتكلم بمنزلة روايته فربما يستشهد ببيت لأبي تمام وأبي الطيب (وجه الفرق على ظاهر الرواية) بين الوصاية والتوكيل (أن الوصاية خلافة) في التصرف عن الميت كالورثة فلا تتوقف على العلم كالوكالة (لإضافتها) إلى ما بعد الموت فيتصرف كصرف الوارث ، ولذا لو باع شيئا ثم ظهر موت المورث ظهر نفاذه حين صدر

وليس بواضح لأنه أبطل ذلك الوجه بقوله والمقيد لإيجاب الشرع وهو لفظ المال ، ولعله إشارة إلى قوله ولأن الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وقد قرئنا من قبل فارجع إليه (ثم إذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الإيجاب بمسك من ذلك قوته لأن حاجته هذه مقلمة) إذ لو لم يسلك لاحتاج أن يسأل الناس من يومه وقبيل أن يتصدق بماله ويسأل الناس من يومه (ثم إذا أصاب شيئا تصدق بما أمسك ولم يبين محمد) في المبسوط (مقدار ما يسلك لاختلاف أحوال الناس فيه) بكرة العيال وقلتها (وقيل المحترف بمسك قوت يومه) لأن يده تصل إلى ما ينفق يوما فيوما (وصاحب الغلة) وهو صاحب الدور والحوائيت والبيوت التي يؤجرها الإنسان (لشهر) لأن يده تصل إلى ما ينفق شهرا فشهر (وصاحب الضياع لسنة) لأن يده الدهقان تصل إلى ما ينفق سنة فسنه (وصاحب التجارة بمسك بقدر ما يرجع إليه ماله) وفي إيراد مسئلة التنوفيا نحن فيه من فصل القضاء في الموارث نظر ، ولعله ذكرها باعتبار الفرق بينها وبين الوصية التي هي تحت الميراث ، قال (ومن أوصى إليه ولم يعلم الخ) وجه لإيراد مسئلة الوكالة في فصل القضاء في الموارث ما ذكرنا آنفا . ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئا من

إلى زمان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم كما في تصرف الوارث . أما الوكالة فلإنابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم ، وهذا لأنه لو توقف لا يفوت النظر لقدرة الموكل ، وفي الأول يفوت لمعجز الموصى (ومن أعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه) لأنه إثبات حتى لا إلزام أمر : قال (ولا يكون التهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقال : هو والأول سواء لأنه من المعاملات وبالأول فيها كفاية :

والوصاية استتلاف مضاف (إلى) ما بعد الموت أيضا وهو (ز مان بطلان الإنابة فلا يتوقف على العلم) كالورثة (لقيام ولاية المنوب عنه) ولهذا يعزل الوكيل بالموت ، بخلاف الميت فيتوقف على العلم (وهذا لأنه) إذا وقفناه على العلم (لا يفوت النظر) لقيام ولاية الموكل وقدرته (وفي الأول يفوت لمعجز الموصى) بالموت ، وهذا إذا ثبتت الوكالة قصدا ، أما إذا ثبتت في ضمن الأمر بالفعل ففيه روايتان ، وذلك مثل أن يقول لعبد اذهب إلى فلان يبيعك أولامرته اذهب إلى فلان يظفرك أو اذهب يبعدي إلى فلان فيبيعه منك فذهب كما أخبره ففعل ، ذكر محمد في كتاب الوكالة أنه جائز ، وذكر في الزيادات أنه لا يجوز فكان فيه روايتان : في إحدهما لا يتوقف على العلم ، وفي أخرى لا بد من العلم . وذكر في المسأون ما يوافق الأول وهو أنه إذا قال للناس بايعوا عبدي فأني أذنت له في التجارة فبايعوه جاز مع أنه لا علم للعبد بالإذن ، وإذا توقفت الوكالة على العلم فلذلك بماذا يحصل العلم المثلث للوكالة فقال (كل من أعلمه بالوكالة جاز به تصرفه) بشرط كونه مبرزا رجلا كان أو امرأة فاسقا كان أو عدلا مسلما كان أو ذميا : وقال الشافعي وأحد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلا لأنها تتضمن عقدا كغيره من العقود (لأنه) تسليط على مال الغير قلنا (إنه إثبات حتى) هو حق أن يتصرف (لا إلزام أمر) فإنه مختار في القبول وعدمه وكان كقبول الهدية بمن ذكر أنها على يده ، وهو عمل الإجماع والنص ، فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقي ويشترى من الكافر (وأما العزل عن الوكالة فعندها هو والإخبار بها سواء ، وعند أبي حنيفة لا يثبت حتى يشهد عنده شاهد عدل أو شاهدان) أي غير أن لأن لفظة الشهادة ليست بشرط عدلا أو لم يعدلا (وجه قولهما إنه من المعاملات وبالأول فيها كفاية) وروى الحسن عنه أنه لا يضمن عدلة الخبر واحدا كان أو أكثر ، وبه أخذ الفقيه أبو جعفر المنطوي وزعم أنه مذهب أبي حنيفة ، وقال معنى إطلاق الكتاب أن لا يعلم

التركة فهو وصى ويبيع جائز ، وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يميز بيعة . وعن أبي يوسف أنه اعتبر الأول بالثاني لأن وصف الإنابة : أي النيابة جامع ، فإن الوصاية إنابة بعد الموت والوكالة إنابة قبله ، وكما لم يميز تصرف الوكيل قبل العلم لم يميز تصرف الوصى قبله . ووجه الفرق بينهما على ظاهر الرواية أن الوصاية خلافة للإنابة لأنها مضافة إلى زمان بطلان النيابة والخلافة لا تتوقف على العلم في التصرف كما إذا تصرف الوارث بالبيع ولم يعلم بموت المورث فإنه صحيح ، بخلاف الوكالة فلأنها إنابة لقيام ولاية المستنيب ، والإنابة تتوقف على العلم لأنها لو توقفت عليه لم يفت النظر لقدرة الموكل ، وفي الأول لو توقفت على علمه فأت لمعجز الموصى : فإن قيل : إذا قال لرجل اشتر عبدي من فلان ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده صح من غير توقف على علمه : أجيب بأنه على الروايتين ووجه الفرق على رواية الجواز أنه ثبت ضمنا والكلام في الوكالة يثبت قصدا ، وهذا كما إذا قال بايعوا عبدي ولم يعلم به العبد فإن فيه روايتين في إحدهما صح تصرفه وإن لم يعلم بالإذن لثبوته ضمنا ، فإذا ثبت أن علم الوكيل

(قوله أنه ثبت ضمنا) أقول : أي في ضمن أمر الحاضر بالتصرف (قوله والكلام في الوكالة يثبت قصدا) أقول : قوله يثبت حال .

وله أنه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط أحلشطريها وهو العدد أو العدالة ، بخلاف الأول ، وبخلاف رسول الموكل لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال ، وعلى هذا الخلاف إذا أخبر المولى بجنابة عبده

حاله ما إلا أن يعلمهما بالقبض ، وقيل بل هو على إطلاقه لأن تأثير العدد فوق تأثير العدالة ؛ ألا ترى أن القضاء بواحد عدل لا يتخذ وبفاسقين يتخذ بفطريق أولى يثبت به ، وهو الصحيح (وهذا لأنه خبر ملزم) أى من كل وجه فإنه يمنع الوكيل من التصرف من كل وجه . وما قيل ملزم من وجه دون وجه بناء على مجرد اصطلاح أن يراد بالملزم من كل وجه ما كان لازما على خصم منكر بشرط لفظ الشهادة وحكم الحاكم . ولما لم يكن هذا الإلزام كذلك كان إلزاما فيه قصور ، ووجوب الضمان لو تصرف بناء على الإلزام من وجه ، ثم يكفي لاشتراط العدد أو العدالة كونه ملزما من وجه بالمعنى الذى ذكرنا ، بخلاف الإعلام بالوكالة فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلا لم يلزم أحد شطرى الشهادة ، وأجمعوا على أن المخبر بالعدل لو كان فاسقا وصدقه يعتزل (قوله وعلى هذا إذا أخبر المولى بجنابة عبده الخ) هذه ست مسائل ذكر محمد منها ثلاثة في الأصول واثنين في النوادر والسادسة قاسها مشايخنا على هذه . أما الثلاث فلحداها عزل الوكيل . والثانية العبد المأخوذ إذا أخبره واحد بالحجر إن كان رسولا يتحجر فاسقا كان أو عدلا ، وإن كان فضوليا يشترط أحد شطرى الشهادة فيتحجر صدقه العبد أو كذبه ، وإن كان فاسقا إن صدقه التحجر وإلا فالمستأنة على الخلاف . والثالثة العبد إذا جنى جنابة ولم يعلم به المولى حتى اعتقه

بالوكالة شرط صحة التصرف فلا بد من إعلام ، فمن أعلمه من الناس بذلك سواء كان بالغا مسلما عدلا أو على أصداد ذلك بعد ما كان مميزا جاز تصرفه لأنه إثبات حق لا إلزام أمر : أى إطلاق يحض لاشتمال على شيء من الإلزام ، وما كان كذلك فقول الواحد فيه كاف . وأما النهى عن الوكالة فلا يثبت حتى يشهد عنده شاهدان أو رجل عدل عند أى حنيفة رحمه الله ، وقالا : هو والأول سواء ، لأنه من جذر المعاملات ، وجنسها يثبت بخبر الواحد الفاسق كوكالة وإذن العبد في التجارة . ولأى حنيفة أنه خبر ملزم ، أما أنه خبر فلا أنه كلام يحتمل الكذب يحصل به الإعلام ، وأما أنه ملزم فلا أنه ينفي جواز التصرف بعده . وما كان كذلك فهو معنى الشهادة من وجه لأنه بالنظر إلى كونه خبرا كالتحجير بالتوكيل والإذن وغيرها ليس في معناها ، وبالنظر إلى ما فيه من نوع إلزام كان في معناها فيشترط أحد شطرى الشهادة وهو العدد أو العدالة عملا بالوجهين ، بخلاف الأول فإنه لما لم يكن فيه إلزام أصلا لم يكن في معناها أصلا فلم يشترط فيه شيء من ذلك ، وبخلاف رسول الموكل فإنه لا يشترط فيه أيضا شيء من ذلك لأن عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال ، إذ ربما لا يثق لكل أحد في كل وقت بالغ عدل يرساه إلى وكيله (قوله وعلى هذا الخلاف) يعنى الذى ذكره بين أى حنيفة وصاحبه في اشتراط أحد شطريها فيها فيه إلزام المسائل المذكورة . قال في النهاية إنها ست مسائل ثلاث منها ذكرها محمد في الميسوط واثنان ذكرهما في النوادر ، والسادسة قاسها المشايخ عليها ، والمصنف ترك منها مسألة . أما الأولى فهى التى ذكرناها من عزل الوكيل . والثانية على ترتيب الميسوط العبد المأخوذ إذا أخبره واحد بالحجر من تلقاء نفسه وهو عدل أو اثنان ثبت الحجر صدق العبد أو كذب ، وإن كان فاسقا وكذبه ثبت عندهما خلافا له وقيد بتلقاء نفسه لأن حكم الرسول

(قال المصنف : فيشترط ، إلى قوله : أو العدالة) أقول : فيه إشارة إلى أن العدالة لا يشترط في العدد وأن قوله عدل صفة رجل . قال في التلويح وهو الأصح (قوله كعبارة المرسل للحاجة) أقول : فكما لا يشترط العدالة في المرسل لا يشترط في الرسول أيضا (قوله إذ ربما لا يثق الخ) أقول : علة لكون عبارته كعبارة المرسل للحاجة إلى الإرسال .

والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر إلينا . قال (وإذا باع القاضى أو أميته عبدا للغرماء وأخذ المال فبضاع واستحق العبد لم يضمن) لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى مقام الإمام وكل واحد منهم لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فيضيق الحقوقي ويرجع المشتري على الغرماء ، لأن البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد ، كما إذا كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم

أوباعه يازمه الأقل من قيمته ومن الدية ، فإن أخبره واحد بالحناية فكذلك إن كان فاسقا ، إن صدقه ثم باع أو أعنت بصير مختارا للدية . وإن كذبه فهو على الخلاف عند أبي حنيفة لا يكون مختارا للدية ، وعندهما يصير مختارا لها . وأما اللتان في النادر فلحدهما الحرى إذا أسلم في دار الحرب فأخبره إنسان بما عليه من الفرائض إن كان المخبر عدلا ، أو أخبره اثنان لزمته حتى أترك شيئا منها كان عليه قضاءه إجماعا ، وإن كان فاسقا فإن صدقه فكذلك وإن كذبه فعلى الخلاف . قال شمس الأئمة السرخسى : الأصح عندى أنه يازمه القضاء هاهنا اتفاقا لأن المخبر له رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم : وفيه نظر ذكرناه في كتابنا المسمى بتحرير الأصول . والثانية الشفيع إذا أجبر بالشراء فسكت فعلى ما قلنا إن أخبره فاسق فصلقه ثبت الشراء في حقه وإن كذبه فهمى على الخلاف ، فإذا سكنت لا تبطل شفيعته عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما تبطل . والسادسة البكر إذا زوجت بلا استئذان فأخبرت فسكت فهو على ما ذكرنا من الوجوه (قوله وإذا باع القاضى أو أميته عبدا للغرماء) أى لأجلهم ليوفى ديونهم التى كانت على الميت (وأخذ المال) أى الثمن (فبضاع) عنده (ثم استحق العبد) أو مات قبل قبض المشتري (لم يضمن) القاضى ولا أميته للمشتري شيئا (لأن أمين القاضى بمنزلة القاضى والقاضى كالإمام وكل من هؤلاء لا يلحقه ضمان كى لا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة) وإذا لم يرجع المشتري على البايع من هؤلاء (يرجع) بالثمن (على الغرماء) أو الغريم (لأن البيع) والتصرف (واقع لأجلهم) فترجع العهدة عليهم وصار (كما إذا كان العاقد محجورا عليه)

حكم مرسله كما مر ، وهذه المسئلة لم يذكرها المصنف هاهنا . والثالثة العبد الحائى إذا أخبر المولى بجنائته اثنان أو واحد عدل فصرف فيه بعده بعتى أو بيع كان اختيارا منه للقضاء ، وإن أخبره فاسق وصدقه فكذلك ، وإلا فعلى الاختلاف عنده لا يكون اختيارا خلافا لهما . وأولى النواذر المسلم الذى لم يهاجر إذا أخبره اثنان أو عدل بما عليه من الفرائض لزمته وبركها يجب عليه القضاء ، وإن أخبره فاسق وكذبه فعلى الاختلاف ، وشمس الأئمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزله . وثانيتها الشفيع إذا أخبره اثنان أو عدل بالبيع فسكت سقطت ، وإن أخبره فاسق به وكذبه فعلى الاختلاف . والسادسة إذا بلغ البكر تزويج الولى فمكنت فإن أخبرها اثنان أو عدل كان رضا بلا خلاف ، وإن أخبرها فاسق فعلى الاختلاف . قال (وإذا باع القاضى أو أميته عبدا للغرماء) إذا باع القاضى أو أميته عبدا للميت لأجل أصحاب الديون (وقبض الثمن فبضاع الثمن واستحق العبد لم يضمن) العاقد وهو القاضى أو أميته (لأن أمين القاضى قائم مقام القاضى والقاضى قائم مقام الإمام ، والإمام لا يضمن كى لا يتقاعد عن قبول هذه الأمانة فتضيق الحقوقي ويرجع المشتري على الغرماء لأن البيع واقع لهم ولهذا يباع بطلبهم) ومن وقع له البيع يرجع عليه المشتري إذا تعذر الرجوع على العاقد (كما إذا كان العاقد صبيحا محجورا أو عبدا محجورا عليه وهاهنا قد تعذر الرجوع على العاقد لما ذكرنا فيرجع المشتري على الغرماء .

(قوله والثالثة العبد الحائى إذا أخبر المولى بجنائته اثنان أو واحد عدل الخ) أقول : قوله اثنان : أى فقوليان ، وقوله أو واحد : أى فضولى (قوله إذا أخبر المولى اثنان أو واحد عدل الخ) أقول : وقد كشف اليزيدى قال عليه الصلاة والسلام : نذر الله امرأ منا مقالة فوعاها كما سمعها ثم أداما إلى من لم يسمعها . وقد حدث آخره ألا تخليق الناقد القاتل له . والأول الاستئذان بقوله عليه الصلاة والسلام وبلفظ غنى ولوايته فليتأمل (قوله وشمس الأئمة السرخسى جعله رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنزله) أقول : لعدم إعتراض المالقة فالمرسل .

(وإن أمر القاضى الوصى ببيعه للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصى)
لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضى عنه فصار كما إذا باعه بنفسه . قال (ورجع الوصى على
الغرماء) لأنه عامل لهم ، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه . قالوا : ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى
غرمها أيضا لأنه لحقه فى أمر الميت ، والوارث إذا بيع له بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد
عاملا له .

(فصل آخر)

عبدا أو صديبا يعقل البيع وكله رجل يبيع ماله جاز العقد بما شرتهما ، ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لأن
الزلم العهدة لا يصح منهما لتصور الأهلية فى الصبي وحق السيد فى العبد والأصل أنه إذا تعلقت الحقوق
بالعاقد تتعلق بأقرب الناس إلى العقد ، وأقرب الناس فى مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم ؛ ألا يرى أن
القاضى لا يأمر الوصى أو أمينه بالبيع حتى يطلب الغريم فلذا يرجع المشتري بالثمن عليه عند الاستحقاق (واو
كان البائع الوصى يرجع المشتري عليه بالثمن لأنه عاقد نيابة عن الميت وإن كان بإقامة القاضى إياه عنه ثم الوصى
يرجع به على الغريم) وكذا لو باع الوصى العبد لثقة الوارث فإن المشتري يرجع على الوصى والوصى يرجع
على الوارث لما قلنا إن البيع لأجله وهو الذى ينتفع به ، فلو كان الوارث صغيرا نصب القاضى عنه من يقضى
دينه (فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه) بلا شك وهل يرجع بما ضمن للمشتري . قال المصنف (قالوا
ويجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضا) يريد بالمائة ما ضمن للمشتري فرضها مائة (لأنه لحقه) ذلك (فى
أمر الميت) وينبغي أن يكون هذا بالاتفاق : أعني جواز أن يقال : وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن
ففيه خلاف . قيل نعم ، وقال عبد الأئمة السرخسى : لا يأخذ فى الصحيح من الجواب لأن الغريم إنما ضمن من
حيث أن العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره . وفى الكافى : الأصح الرجوع لأنه قضى ذلك وهو
مضطر فيه فقد اختلف فى التصحيح كما سمعت :

(فصل آخر)

(فإن أمر القاضى الوصى ببيع العبد للغرماء ثم استحق أو مات قبل القبض وضاع الثمن رجع المشتري على الوصى
لأنه عاقد نيابة) فإن أوصى إليه الميت فظاهر ، وإن أقامه القاضى فذلك لأن القاضى إنما أقامه نائبا عن الميت لأعن
نفسه ، وعقد النائب كمقد المذوب عنه (فصار كما إذا باعه) الميت (بنفسه) فى حياته وفى ذلك كان يرجع المشتري
عليه فهاتما يرجع على من قام مقامه (ثم يرجع الوصى على الغرماء لأنه عامل لهم وإن ظهر للميت مال يرجع
الغريم فيه بدينه) أى يأخذ دينه من ذلك وهل يرجع بما غرم للوصى فى ذلك المال ففيه اختلاف (قالوا : يجوز
أن يرجع بذلك أيضا لأن هذا الضمان لحقه فى أمر الميت) وقيل ليس له ذلك لأنه إنما ضمن من حيث إن العقد وقع
له فلم يكن له أن يرجع على غيره (والوارث إذا بيع له كان بمنزلة الغريم لأنه إذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد
عاملا له) :

(فصل آخر)

(فصل آخر)

(وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسلك أن تفعل) وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال : لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة ، لأن قوله يحتمل الغلط والخطأ والتشارك غير ممكن ، وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه . واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال أكثر القضاة في زماننا إلا في كتاب القاضي للحاجة إليه . وجه ظاهر الرواية أنه أخبر عن أمر يملك إنشاء قبيل خلوة عن التهمة ، ولأن طاعة أولى الأمر واجبة ، وفي تصديقه طاعة . وقال الإمام أبو منصور رحمه الله : إن كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطأ والحياة ، وإن كان عدلا جاهلا يستفسر ، فإن أحسن التفسير وجب تصديقه وإلا فلا ، وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل إلا أن يعان سبب الحكم التهمة الخطأ والحياة .

لما كانت مسائل هذا الفصل ترجع إلى أصل واحد وهو أن قول القاضي بانفراده هل يقبل مولى ومعزولا أخره (قوله وإذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسلك أن تفعل) بمجرد إخباره هذا (وعن محمد رحمه الله أنه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعين الحجة) التي عنها حكم فيه بذلك . قال الفقيه أبو الليث : روى عن محمد بن مياعة عن محمد بن الحسن أنه قال : لا يسمع ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ، وزاد جماعة على هذا فقالوا : أو يشهد مع القاضي شاهد عدل على ذلك ، وهذا يفيد أن القاضي يشهد ، وليس معناه إلا أن يشهد القاضي والعدل على شهادة الذين شهدوا بسبب الحد الأعلى حكم القاضي ، وإلا كان القاضي شاهدا على فعل نفسه ، وليس هنا من يشهد عنده إلا المأمور بإقامة الحد ، وهذا بعيد في العادة ؛ أعني أن يشهد القاضي عند الجلاد بأنه شهد على فلان وفلان ويؤدى الآخر عنده ، ولذا اقتصر محمد على معانة حضور الشهادة من المأمور وهذا (لأن الغلط والخطأ في الحكم محتمل) لأن القطع بينهما ليس إلا للأنبياء عليهم الصلاة والسلام (وعلى هذا لا يقبل كذب القاضي إلى القاضي) لأن الاعتدال فيه على خبر القاضي الكاتب بمفرده . واستحسن المشايخ هذه الرواية في هذا الزمان لفساد حال أكثر القضاة إلا في كتاب القاضي إلى القاضي (لأن فيه ضرورة إحياء الحقوق ، ولما كان علم الاعتدال معللا بالفساد والغلط اقتضى الحال التفصيل في التوقف) لا إطلاقه (فقال الإمام أبو منصور : إن كان القاضي عدلا عالما يقبل قوله لانتهاء التهمة) في الدين بالعدالة والخطأ في الحكم بالعلم (وإن كان عدلا جاهلا استفسر ، فإن أحسن) في بيان سبب حكمه وشروطه (وجب تصديقه) للعدالة وترك المصنف ٢ قسمين آخرين وهو ما إذا كان فاسقا عالما أو جاهلا ، فإن الفسق مانع من الركون لإخباره بالاستفسار ، وحكمه بقصد المخالفة فلا يؤخذ بقوله ولا بتفسيره (وجه الظاهر أنه أخبر عن أمر يملك إنشاءه) في الحال (فيقبل خلوة عن التهمة) لأن التهمة إنما تتحقق في إخباره بأمر لا يمكن إنشاؤه

جمع في هذا الفصل مسائل متفرقة مجمعهما أصل واحد يتعلق بكتاب القضاء ، وهو أن قول القاضي بانفراده قبل الغزل وبعده مقبول أولا . قال (وإذا قال القاضي قد قضيت الخ) إذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجه أو بالقطع فاقطعه أو بالضرب فاضربه وسلك أن تفعل ذلك ، وهو ظاهر الرواية ، وعن محمد أنه رجع عن هذا وقال : لا تأخذ بقوله ما لم تكن الشهادة بحضرته ، وهو رواية ابن جماعة عنه ، لأن قوله يحتمل الغلط والتشارك غير ممكن . واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال قضاة زماننا ، وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه (قوله ما لم تكن الشهادة بحضرته) أقول : أو الإقرار بحضرته (قوله لأن قوله يحتمل الغلط) أقول : لئلا يرد بالغلط ما يملك الكتاب (قوله وهي تقتضي أن لا يقبل كتابه أيضا) أقول : هي سالمة .

- (١) كتب يهاش نسخة العلامة للبحراني (قوله في التوقف) كذا في النسخ ، ولعله في القبول لا الإطلاقة : أي القبول ، وقوله لا إطلاقه
لأن لما في الجامع الصغير من عدم تقييده بالعلم للعدل فغير .
(٢) (قوله وترك المصنف الخ) لئلا يفسد كتابه عليها الشارح لم يكن فيه القبول المذكوران اهـ .

قال (وإذا عزل القاضي فقال لرجل أخذت منك ألفا ودفعها إلى فلان قضيت بها عليك فقال الرجل أخذتها ظلما فالقول قول القاضي ، وكذا لو قال قضيت بقطع يدك في حق ، هذا إذا كان الذي قطعت يده والذي أخذه منه المال مقررين أنه فعل ذلك وهو قاض) ووجهه أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له .

في الحال فيحتمل عدم المطابقة ، أما إذا كان ذلك مما يقدر على إنشائه في الحال فيجعل كأنه أنشأه في الحال بمعينة الحاضرين ولا يخفى أن الذي يملك إنشاءه ليس إلا الحكم وهو لا يفيد ، فإن الاحتمال المانع قائم إذا عاين الحكم وإن لم يعاين الشهادة والشروط ، ولنا قال محمد : لا يسمعه ذلك ما لم تكن الشهادة بحضرته ولم يقل الحكم فلا يفيد هذا الوجه شيئا . ولما زاد من زاد على ما ذكر محمد قولهم أو يشهد مع القاضي عدل على ذلك احتاجوا أن يزيدوا وجهها آخر هو أن العادة أن ينصب في كل بلدة قاض واحد ، ولو لم يكن خبر القاضي بانفراده حجة في الإلزام لقلد في كل بلدة قاضيان ، وأنت سمعت ما قلناه في تلك الزيادة وعلمت أن الاحتمال المذكور لا يزول إلا بالعلم بسبب القضاء ، وهذا لا يتحقق عند المأمور إلا أن يحضروا وقوع السبب أو يشهد عنده عدلان أنه شهد عند القاضي الأمر فلان وفلان على الوجه الغلاني ويشهدوا توفر الشروط ، وهذا لا يتوقف على تكثير القضاة بل على وجود الشهود قضاء كانوا أو لا ، فلا يلزم لذلك تكثيرهم ، فاللازمة بين عدم قبول خبره بانفراده وتكثير القضاة بمنزلة (قوله وإذا عزل القاضي فقال لرجل الخ) صورها عزل القاضي فادعى عليه رجل أنه أخذ منه ألفا بغير حق أو قطع يده بغير حق فقال قضيت بها عليك لفلان ودفعها إليه وقضيت بقطعك في حق فالقول قول القاضي ، ولم يملك في هذا جريان تلك الرواية عن محمد رحمه الله لأن هذا في أمورات فلا بد أن يكون القول للقاضي ، وإلا امتنع الناس من قبول القضاء إذا كان يتوجه عليه بعد الغزل خصومات في أنفس وأموال لا تحصر حينئذ فلا بد من كون القول له في هذا ، بخلاف ما قبله لأن القتل والقطع بعد لم يقع فكان أعمال ذلك الاحتمال مفيدا ، نعم كون القول له على الاتفاق مفيد بما إذا كان المدعى مقرا بأنه فعل ذلك وهو قاض ، لأنهما لما توافقا

أيضا ، إلا أنهم تركوها فيه للحاجة إليه . وجه ظاهر الرواية أن القاضي أخبر عما يملك إنشاءه لأن المتولى يتمكن من إنشاء القضاء ، ومن يتمكن من الإنشاء عما أخبر به لم يتهم في خبره ، وفيه بحث وهو أنه متمكن من ذلك بحجة أو بدونها . والثاني ممنوع ، والأول يجري في غير ظاهر الرواية من معانة الحجة ، ولأن القاضي من أولى الأمر وطاعة أولى الأمور واجبة وفي تصديقه طاعة فيجب تصديقه ، وظاهر الرواية يدل على جواز الاعتداد على قوله من غير استفسار ، وقالوا به إذا كان القاضي عدلا فقيها ، وعلى هذا تنافي الأقسام العقلية كما قال الإمام أبو منصور ، فإن كان عدلا عالما يقبل قوله لعدم تهمة الخطأ لعلمه والحياة لعدله ، وهذا القسم لا يحتاج إلى الاستفسار بالاتفاق ، وإن كان عدلا جاهلا يستفسر عن قضائه لبقاء تهمة الخطأ ، فإن أحسن تفسير القضاء بأن فسر على وجه اقتضاه الشرع مثل أن يقول مثلا استفسرت المقر بالزنا كما هو المعروف فيه وحكت عليه بالرجم وثبت عندي بالحجة أنه أخذ نصابا من حرز لأشبهة فيه ، وأنه قتل عمدا بلا شبهة وجب تصديقه وقبول قوله ، وإلا فلا لأنه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا أو الشبهة غير دارئة ، وإن كان جاهلا فاسقا أو عالما فاسقا لا يقبل إلا لأن يعاين ضيق الحكم تهمة الخطأ في الجهل والحياة في الفسق . قال (وإذا عزل القاضي فقال لرجل الخ) لما فرغ من بيان ما يجبر به القاضي من قضائه في زمن ولايته شرع في بيان ذلك بعد عزله ، فإذا أخبر القاضي للمقضي عليه بعد الغزل بما قضى وأسند إلى حال ولايته فلا يخلو إما أن يصدقه فيما قال فلا كلام فيه أو يكذبه في حقيقته

(قوله ومن يتمكن من الإنشاء الخ) أقول : فيه ركازة (قوله أو يكذبه في حقيقته) أقول : ظاهره لا يقابل الاحتمال الأول .

إذا القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً (ولا يمين عليه) لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي (ولو أقر القاطع والأخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضاً) لأنه فعله في حال القضاء ودفع القاضي صحيح كما إذا كان معانياً (ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل قبل التقليد

على ذلك صابر كأن هذه الدعوى جرت وهو قاض ، والقول قوله في ذلك لما قلنا (و) لأن الظاهر أنه لا يقضي بالجور ثم لا يمين (على المزيل (لأنه ثبت فعله) وهو (في) حال (قضائه بالتصادق (و) لو ادعى عليه في حال قضائه بذلك (لا يمين عليه) فكذا بعده (ولو أقر القاطع) المأمور (أو الأخذ) للمال بأمر القاضي (بما أقر به القاضي) (وهو أن القطع منه والأخذ كان بقضاء القاضي بالأخذ وأمره بالدفع (لا يضمن أيضاً) كالقاضي لأنه أقر أنه فعله في حال قضائه ، وهو كما لو كان دفع القاضي للمال إلى الأخذ معانياً للمأخوذ منه في حال قضائه وبصير القطع بإقرار المقطوع أنه قطعه في حال قضائه كالمأمين للحاكم الذي رفع إليه المقطوع واقعه (فأما (لو زعم المقطوع والمأخوذ ماله أنه فعله قبل التقليد) أو بعده والقاضي يقول بل فعلته في حال قضائي ففيه

ويصلقه في كونه في زمن الولاية أو يكذبه فيه ، فإن كان الأول فالقول للقاضي بلا خلاف ، وإن كان الثاني فذلك في الصحيح . فعلى هذا إذا قال لرجل أخذت منك ألفاً ودفعها إلى فلان قضيت بها عليك وقال لآخر قضيت بقطع يديك في حق فقال المأخوذ منه المال والمقطوع يده فعلت ذلك في حال قضائك ظلماً فالقول قول القاضي لأمرهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهداً له إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهراً والقول لمن يشهد له الظاهر لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ، ولا يمين على القاضي لأن إيجابها عليه يقضي إلى تعطيل أمور الناس بامتناع الدخول في القضاء . وفي هذه الصورة لو أقر القاطع أو الأخذ بما أقر به القاضي لا يضمن أيضاً لأن فعله في حال القضاء ودفع القاضي وأمره بالشئ صحيح كما إذا كان دفعه المال إلى الأخذ معانياً في حال القضاء فإنه لا يضمن الأخذ حينئذ فذلكها هنا ، وكذا إذا كان أمره بالقطع معانياً في حال القضاء وإن قال المأخوذ ماله والمقطوع يده فعلت ذلك قبل التقليد أو بعد الزل فالقول أيضاً للقاضي في الصحيح ، لأن القاضي

(قوله لأنه ثبت فعله الخ) أقول : فيه بحث حيث غير ترتيب المصنف فلم يظهر كون قوله لأنه ثبت الخ تعليلاً لأى شيء (قال المصنف ولا يمين على القاضي) أقول : قال الكافي : لأنه لو لزمه اليمين لصار خصماً ، وقضاء الخصم لا ينفذ أم . وفيه بحث . والأول أن يقال : إننا لو أوجبتا اليمين والشهادة عليه في مواضع اليمين والشهادة لانتج الناس عن الدخول في القضاء فتشغل . أموريثاس (قال المصنف : ولو زعم المقطوع يده الخ) أقول : قال شمس الأئمة السرخسي : إذا زعم للمضى أن قاضياً فعل ذلك بعد الزل كان القول قول للمضى ، لأن هذا الفعل حدث قبضات إلى أقرب أوقاته . ومن ادعى تاريخاً سابقاً لا يصدق إلا بحجة ، لأن الأصل أنه متى وقعت المنازعة في الإستناد يحكم الحال كما إذا اختلفا في جريان ماء الساحونة وهو لو قيل في هذه الحالة يجب عليه الشبان فلا يصدق في الإستناد إلا بحجة ، بخلاف المسئلة الأولى لأنه ثبت الإستناد بمصادقتهما ، والصحيح هو الأول ، وهو اختيار نضر الإسلام على البردوى والسمرقندي . ونظيره إذا قال عليه لغير مقطوع يديك وأنا حبه وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد ، وكذا إذا قال للمولى لبيد قد أعطته أغلقت منك غلّة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبيد وقال الممتنع أغلقتها بعد الحق كان القول قول المولى ، وكذا الركيل بالبيع لأنه إذا قال بعت وملمت قبل الزل وقال الموكل بعد الزل كان القول قولك إن كان المبيع مستهلكاً ، وإن كان تاماً فالقول قول الموكل لأنه لا يملك الإنشاء فيصير مبيعاً ، وكذا في مسئلة الغلّة لا يصدق في الغلّة القائمة لأنه أقر بالأخذ وبالإضافة يلقى عليه التمسك كذا فيشرح للزيلي والهباية ومراجع الدراية والمبارية للزيلي . وقال الزيلي : أورد في النهاية على أنشأ للتمسك ما إذا أعتق المولى أمته ثم قال لما قطعت يديك وأنت أمي فقلت يدي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها ، وكذا في كل شيء أعذته منها عنه أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر الشبان بإسناده للقول إلى حالة منافية له . وأجاب بالفرق بينهما من حيث أن المولى أقر بأعذته ما لم ادعى اشتراك لنفسه فيصدق في إقراره ولا يصدق في دعواه التمسك له ، وكذا نوال رجل أكلت طمليك يذفك فأنكر الإذن يضمن المقر وهذا الفرق ليس بمخلص والله أعلم .

أو بعد العزل فالقول للقاضي أيضا هو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة المعهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلفت أو اعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا

خلاف (والصحيح أن القول أيضا للقاضي، لأنه) أي القاضي (أضافه إلى حالة المعهودة منافية للضمان فصار كما إذا) اتفاقا على الطلاق والعناق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقلك و (قال بل) وأنا مجنون وكان جنونه معهودا فالقول له، وكذا لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به، واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغير إن القول للمدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات، وهذا يخص ما إذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة، وكذا أفرضه شمس الأئمة فإنه قال: فأما إذا زعم: أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فإن القول قوله لأن هذا الفعل حادث الخ. قال: ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق إلا بينة، فالصحيح يخص ما إذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل، ولكنه ذكر في تعليقه ما يعمم كون القول للقاضي فإنه قال لأن الأصل أن المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحال كسئلة الطاحونة، وفي الحال فعله موجب للضمان عليه، وبهذا الإسناد يدعى سقوطه، بخلاف الأول حيث تصادقا أنه فعله وهو قاض إلى آخر ما ذكر، ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار فخر الإسلام والصدور الشهيد، لأنه بالإسناد إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله، كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بيعت وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكا وإن كان قائما بعينه لم يصدق لأنه أخبر عن أمر لا يملك إنشاءه فيصير مدعيا، وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وأنا عبيد وقال المقر له بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان، وكذا إذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد إن كانت الغلة هالكة، وإن كانت قائمة فالقول للعبد، ويأخذه من المولى لأنه أقر بالأخذ ثم بالإضافة يريد التملك عليه فكان مدعيا، وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتم أنه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتم أنه استهلكه فالقول قول الوصي، ذكره المحبوبي. واستشكل بما ذكره في باب جنابة المملوك فيمن اعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها، وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر بإسناده إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان، ولو قلت أقر هناك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فيها هنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو إقراره للمقر له بشيء ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل، وكذا القاضي إذا أقر بعد العزل بالأخذ ثم ادعى ما يبرئه بالإسناد وكذا الوصي. أوجب بالفرق بأن المولى أقر بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الإقرار لا في جهة التملك، كما لو قال أخذت منك ألفا هي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر، وكذا لو قال أكلت طعامك بإذنك وقال بغير إذنني فالقول لصاحب الطعام، بخلاف القاضي والوكيل والوصي لأنهم ما ادعوا جهة التملك لأنفسهم، وكذا في دعوى الطلاق والعناق ما ادعوا التملك لأنفسهم لما هو ملك الغير فكان القول

أسند فعله إلى حالة منافية للضمان لما مر أن حالة القضاء تنافي للضمان فالقاضي بذلك الإسناد منكر والقول للمنكر فصار إسناد القاضي هنا كإسناد من عهدته الجنون إذا قال طلفت أو اعتقت وأنا مجنون إذا كان ذلك منه

للم جريته في سورة الزناح في أخذ غلة العبد وقطع يد الأمة كما لا يخفى (قوله كإسناد من عهدته الجنون الخ) أقول: في الشعب لطيفة لا تخفى.

(ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضى ضماناً) لأنها أقرت بسبب الضمان، وقول القاضى مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره ، بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق (ولو كان المال في يد الآخذ قائماً وقد أقر بما أقر به القاضى والمأخوذ منه المال صدق القاضى في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه) لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة ، وقول المزول فيه ليس بحجة .

قولهم في إضافتهم إلى الحالة الموهودة المنافية (قوله ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل) وهو فصل زعم للمأخوذ منه والمقطوع أن القاضى فعل ذلك قبل التقايد أو بعد العزل فأقر القاطع والقباض إلى فعلت ذلك بأمر القاضى وهو على قضائه ، والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده (يضمنان) ولا يضمن القاضى (لأنهما أقرت بسبب الضمان) وهو مباشرتهما الأخذ والقطع (وقول قول القاضى) في ذلك (لدفع الضمان عن نفسه) بسبب خصه وهو كى لا يمتنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهى مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب . وقوله (ولو كان المال في يد الآخذ قائماً) هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في صورتين بحسب الظاهر ، فإن لازم كون القول للقاضى وللقاطع والآخذ في صورة التصديق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال للمأخوذ للمأخوذ منه مطلقاً فإنه قد حكم بنفاذ قوله فأفاد أن أن ذلك : أعنى عدم الرجوع فيما إذا كان للمأخوذ مالكا ، أما إذا كان قائماً فيؤخذ من القابض سواء صدق

معلوماً بين الناس فإن القول قوله حتى لا يقع الطلاق والعناق لإضافته إلى حالة منافية للإيقاع ، وإنما قال هو الصحيح احترازاً عما قاله شمس الأئمة السرخسى إن القول قول المدعى في هذه الصورة بناء على أن المنازعة إذا وقعت في الماضي تحكم الحال ، وفي هذه الحال فعله موجب للضمان عليه ، وهو بهذا الإستناد يدعى ما يمسقط الضمان عنه ، وأما في الأولى فقد تصادق أنه فعله وهو قاضٍ وذلك غير موجب للضمان عليه ظاهراً لأن الأصل أن يكون قضاؤه حقاً ، ولكن في عامة نسخ الجامع الصغير ما ذكرنا أن القول للقاضى (ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضى ضمننا لأنهما أقرت بسبب الضمان ، وقول القاضى مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره ، بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق) لا يقال : الآخذ والقاطع في الصورة الثانية أسندا للفعل إلى حالة منافية للضمان فكان الواجب أن لا يضمننا كلقاضى لأن جهة الضمان راجعة لأن إقرار الرجل على نفسه بسبب الضمان حجة قطعية وقضاء القاضى حجة ظاهرة والظاهر لا يعارض القطعى . وهذا يقتضى وجوب الضمان على القاضى أيضاً لكن ذلك يؤدى إلى تخصيص الحقوق بالامتناع عن الدخول في القضاء مخافة الضمان (ولو كان المال باقياً في يد الآخذ وأقر بما أقر به القاضى أخذ منه المال) سواء صلحه للمأخوذ منه المال في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه (لأن الآخذ أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة ، وقول المزول ليس بحجة) فيه لكونه شهادة فرد والله أعلم :

(قوله في هذه السورة) أقول : في الإطلاق تملك (قوله لأن إقرار الرجل ، إلى قوله : لا يعارض القطعى) أقول : الإقرار دليل ظاهر كما في أول كتاب الحدود ، إلا أن براد بالتطعية كونه أقوى من قضاء القاضى (قوله لكن ذلك يؤدى إلى تخصيص الحقوق الخ) أقول : هذا جواب عن التخصيص بتقرير الدليل . والأول أن يجب أن يكون في النهاية بمنع قوله الآخذ والقاطع أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان ، فإن حالة القضاء لا تنافي للضمان في حق غير القاضى لأنه كمن من غاصب ينصب مال غيره والقاضى في منصب القضاء قائم ، وأخذ بأمر القاضى لم يثبت لعدم الحجة إذ الكلام فيه ، وكلما حال القطع على المال ، والله أعلم .

(كتاب الشهادات)

القابض في أنه أخذه في حال قضائه أو كتبه وقال بل قبل التقليد أو بعد الغزل ، علله محمد في الزيادات فقال لأن الشيء قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم ، قالوا : معناه أن القاضى لما أقر بالأخذ يصير شاهداً لغيره بالكلام الثانى ، وإقراره بالأخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة ، ولأن القابض أقر بسبب الضمان حيث أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه إلا بيينة . وقول المغزول ليس بيينة عليه لأنه ليس شاهداً بالدين بل بفعل نفسه المتأفى للضمان .

(كتاب الشهادات)

يتبادر أن تقدم على القضاء أولى لأن القضاء موقوف عليها ، إذ كان ثبوت الحق بها إلا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قلته تقدمه للمقصود على الوسيلة . والشهادة لغة ، إخبار قاطع ، وفي عرف أهل الشرع إخبار صادق لإثبات حتى يلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة . وقول القائل في مجلس القاضى أشهد بروية كذا بعض العرفيات . وسبب وجوبها طلب دى الحق أو خوف فوت حقه ، فإن من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب . وشرطها البلوغ والعقل والولاية ، فخرج الصبي والعبد والسمع واليهر والحاجة إلى التمييز بين المدعى والمدعى عليه ، ولم يذكر الإسلام لأن الدين أصل الشهادة في الجملة . وركنها اللفظ الخاص الذى هو متعلق الإخبار . وحكمها وجوب الحكم على القاضى والقياس يأبى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى - واستشهدوا شهيدين من رجالكم - ونظائره من الكتاب

(كتاب الشهادات)

إيراد هذا الكتاب عقب كتاب أدب القاضى ظاهر المناسبة ، إذ القاضى في قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود عند إنكار الخصم . ومن محاسن الشهادة بالحق أنها مأمور بها ، قال الله تعالى - كونوا قوامين لله شهداء بالقسط - فلا بد من حسنه . وهى في اللغة عبارة عن الإخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان ، ولهذا قالوا إنها مشتقة من المشاهدة التى نبت عن المعاينة . وفي اصطلاح أهل الفقه وعبارة عن إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة فالإخبار كالجس يشملها والأخبار الكاذبة . وقوله صادق يخرج الكاذبة وقوله في مجلس الحكم بلفظ الشهادة

(كتاب الشهادات)

(قوله إذ القاضى في قضائه يحتاج إلى شهادة الشهود) أقول : لا يقال فيلزم أن يقدم على أدب القاضى لأن المقاصد تقدم على الوسائل مع أن المحتاج هو القاضى فيلزم تحقيقه أولاً ، وإليه تشير عبارة الشارح (قوله ومن محاسن الشهادة بالحق الخ) أقول : أى ومن صفات حسنه ، ويؤيد قوله فلا بد من حسنه وإلا فكون الحسن عبارة عن نفس كونه مأموراً به ملحقاً بالأشهرى ولا ترتب فيه الحنفية (قوله فلا بد من حسنه) أقول : ذكر ضمير الشهادة باعتبار أنها مأمور بها (قوله بصحة الشيء) أقول : أى بشيئته (قوله إنها مشتقة من المشاهدة) أقول : بالاشتقاق الكبير (قوله وفي اصطلاح أهل الفقه عبارة عن إخبار صادق) أقول : فالإخبار الشهادة على الزور مجاز من قبيل إطلاق البيع على بيع الحق وإطلاق الأمين على التمسوس وقد مر في الأيمان (قوله فالإخبار كالجس يشملها) أقول : ويشمل سائر الأخبار الصادقة .

(قال : الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتابتها إذا طالبهم المدعى) لقوله تعالى - ولا يأتي الشهادة إذا ما دعوا - وقوله تعالى - ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه -

والسنة كثيرة، وسببية الطلب ثبتت بقوله تعالى - ولا يأتي الشهادة إذا ما دعوا - وسببية خوف الفتور بالمعنى وهو أن سببية الطلب إنما ثبتت كى لا يفوت الحق (قوله الشهادة فرض) يعنى أداؤها بعد التحمل ، فإنها تقال للتحمل كما يقال للأداء فى العرف من غير ملاحظة التكلم مسوغاً للإطلاق فى قصد التحمل فيكون معتبراً مشتركاً لفظياً عند عرف أهل التكلم واقتراض الأداء إلا فى الحدود مجمع عليه ، وقوله تعالى - ولا يأتي الشهادة إذا ما دعوا - محتمل أن يراد النهى عن الإبقاء عن التحمل إذا دعى إليه ، ويكون اسم الشهادة مجازاً فيمن سيستصف بالشهادة فيكون النهى لكراهة الإبقاء عن التحمل كراهة تنزيهه ورجعها خلاف الأولى لأن التحمل لما فيه من إعانة المسلم

يخرج الأخبار الصادقة غير الشهادات . وسبب تحملها معانية ما يتحملها له ومشاهداته بما يختص بمشاهدته من السماع فى المسموعات والابصار فى البصيرات ونحو ذلك . وسبب أدائها إما طلب المدعى منه الشهادة ، أو خوف فوت حق المدعى إذا لم يعلم المدعى كونه شاهداً . وشرطها : العقل الكامل والضبوط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعى والمدعى عليه ، والإسلام إن كان المدعى عليه مسلماً . وحكمها : وجوب الحكم على الحاكم بمقتضاها . والقياس لا يقتضى ذلك لاحتمال الكذب ، لكن لما شرط العدالة ليرجع جانب الصديق ووردت النصوص بالاستشهاد بجملته موصية . قال (الشهادة فرض تلزم الشهود الخ) أداء الشهادة فرض يلزم الشهود بحيث لا يسعهم كتابته أكد الفرض برصفين وهو الزوم وعدم سعة الكتمان دلالة على تأكده ، وشرط مطالبة المدعى تحقيقاً لسبب الأداء على ما مر ، واستدل بقوله تعالى (ولا يأتي الشهادة إذا ما دعوا) أى ليقبوا الشهادة أو ليحملوها ، وسماوا شهادة باعتبار ما تتول إليه ، وهو بظاهره يدل على النهى عن الإبقاء عند الدعوة ، ويقول تعالى - ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه - وهو بظاهره يدل على النهى عن كتابتها على وجه المبالغة ، والنهى عن أحد التقيضين وهو الكتمان يستلزم ثبوت التقيض الآخر لئلا يرتفع التقيضان ، فإذا كان الكتمان منها عنه كان الإعلان ثابتاً وهو يساوى الإظهار فيكون ثابتاً ، وثبوته بالأدلة وما لم يجب لا يثبت فكان إظهار الأداء واجباً .

(قوله وسبب تحملها) أقول : تحمل الشهادة التى هى الإخبار مبنى على الكلام النفسى والشهادة تطلق على ما يتحمل بالاشتراك العقلى (قوله معانية ما يتحملها له) أقول : أى لإثباته (قوله وسبب أدائها) أقول : الظاهر أن المراد سبب وجوب أدائها (قوله إذا لم يعلم المدعى كونه شاهداً) أقول : والحال أنه لو لم يشهد يفوت حق المدعى (قوله والقدرة على التمييز الخ) أقول : يعنى التمييز بالمرء (قال للصف : الشهادة فرض يلزم الشهود أداؤها ولا يسعهم كتابتها إذا طالبهم المدعى) أقول : الظاهر أن الواو ليست فى عملها لكامل الاتصال بين الجملتين ، فإن الثانية تأكيد للأولى إلا إذا جمل قوله إذا طالبهم قيداً لثانية فقتل تأمل (قوله واستدل بقوله تعالى - ولا يأتي الشهادة إذا ما دعوا -) أى ليقبوا الشهادة أو ليحملوها (أقول : الاستدلال بالأية الكريمة على المطلوب موقوف ، على أن يكون المراد إذا دعوا ليقبوا الشهادة فلا وجه لقوله أو ليحملوها فى هذا المقام ، بل الوجه أن يقال : لا ليحملوها لأنهم قبل التحمل ليسوا بشهداء ، ولا ضرورة تدعو إلى ارتكاب المجاز (قوله وسماوا شهادة باعتبار ما يتول إليه) أقول : أى على الاحتمال الخافى (قوله يدل على النهى عن كتابتها على وجه المبالغة) أقول : حيث أنه النهى بتأكيد يند تأكيده وهو قوله تعالى - ومن يكتمها فإنه آثم قلبه - ألا يرى إلى نسبة الإثم إلى الكاتب ثم إلى قلبه الذى هو أدرك أعضاءه إذا قصد فيه جميع الجسد (قوله والنهى عن أحد التقيضين الخ) أقول : وأخصر منه أن يقال : النهى عن أحد التقيضين يستلزم امتناعه شرعاً فيجب التقيض الآخر (قوله كان الإعلان ثابتاً) أقول : وفى معراج الفرائد : النهى عن الشيء يكون أمراً بإبداء إذا كان له قيد مقصود بأمر آخر ، وجاهاً كذلك لأن الأداء منصوب بقوله تعالى - ولأقيموا الشهادة - (قوله وما لم يجب لا يثبت) أقول :

وإنما يشترط طلب المدعى لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق :

على حفظ حقه أولى . ويحتمل أن يراد نهى مسمى الشهاد عن الإباء ، وحقية الشهاد من انصف بالشهادة فيكون نهى من انصف بالشهادة حقيقة عن الإباء إذا ادعى ، ولا انصاف قبل الدعاء إلا بالتحمل فيازم كون النهى عن إباء الأداء وهو الراجع لما فيه من المحافظة على حقيقة اللفظ ، والأداء المروض لا يكون إلا عند الحاكم فقد فرض سبحانه وتعالى على المتحمل أن يذهب إذا دعى إلى الحاكم للأداء . وقال الله تعالى - ولا تكتنوا الشهادة وهو تحريم الكتمان عن القاضي فيكون الإظهار للقاضي وهو الأداء فرضا عليهم لأنه الضد الذي لا يتحقق إلا بنها عن المحرم الذي هو الكتمان إلا به ، ثم أكد سبحانه التحريم المقاد بالنهى بقوله تعالى - ومن يكتنمها فإنه آثم قلبه - وهو تأكيد في تأكيد ، لأن قوله تعالى - فإنه آثم تأكيد ، وإضافة الإثم إلى القلب الذى هو أشرف أعضاء البدن ورئيسه تأكيد في تأكيد . ولأنه هو محل الكتمان فهو محل المصيبة بنهاها هنا ، بخلاف سائر المعاصى التى تتعلق بالأعضاء الظاهرة فإنها وإن كانت سبقة بمصيبة القلب وهو المصطلح بالفعل فليس هو محلا لتأنيدها ، قالوا : يلزم إذا كان محاسن القاضي قريبا ، فإن كان بعيدا . فعن نصر : إن كان بحال يمكنه الرجوع إلى أهله في يومه يجب لأنه لا ضرر عليه ، ولو كان شيعيا لا يقدر على المشى فأركبه الطالب لأبأس به ، وعن أبى سليمان فيمن أخرج الشهود إلى ضيعة فاستأجرهم حيرا فركبها لا تقبل شهادتهم ، وفيه نظر ، لأنها العادة وهى لإكرام الشهود وهو مأمور به وفصل في النوازل بين كون الشاهد شيئا لا يقدر على المشى ولا يجد ما يستأجره دابة فتقبل وما ليس كذلك فلا تقبل ، ولو وضع للشهود طعاما فأكلوا إن كان مهيا قبل ذلك تقبل ، وإن صمته لأجلهم لا تقبل . وعن محمد لا تقبل فيهما . وعن أبى يوسف رحمه الله : تقبل فيهما ، وهو الأوجه للعادة الجارية بإطعام من حل محل الإنسان ممن يعز عليه شاهدا أولا ، ويؤسسه ما تقدم من أن الإهداء إذا كان بلا شرط ليقضى حاجته عند الأمير يجوز كذا قيل ، وفيه نظر ، فإن الأداء فرض ، بخلاف الذهاب إلى الأمير . وعند الفقيه أبى بكر فيمن لا يعرفه القاضي إن علم أن القاضي لا يقبله نرجو أن يسهل أن لا يشهد . وفي العيون : إن كان في الصلح جماعة تقبل شهادتهم وسعه أن يمتنع ، وإن لم يكن أو كان لكن قبولا مع شهادته أسرع وجب . وقال شيخ الإسلام : إذا دعى فأخبر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن الهمة فيه إذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لاستجلاب الأجرة انتهى :

قال في النهاية : النهى عن الشيء لا يكون أمرا بضده إذا لم يكن له ضد واحد ، وأما إذا كان فهو أمر به كالنهي عن الكتمان عما في الأحكام فإنه أمر بضده . وليس بالصحيح من المذهب لما عرف في أصول الفقه (وإنما يشترط طلب المدعى لأنها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق) ونوقض بما إذا علم الشاهد الشهادة ولم يعلم بها المدعى ويعلم الشاهد أنه إن لم يشهد يضيع حقه فإنه يجب عليه الشهادة ولا طلب ثمة . والجواب أنه الحق بالمطلوب دلالة ، فإن الموجب للأداء عند الطلب إحياء الحق وهو فيما ذكرتم موجود فكان في معناه ذائق به . لا يقال : قد مر أنفا أن طلب المدعى سبب لأداء الشهادة وهو خلاف ما ذكره المصنف بقوله وإنما يشترط طلب المدعى فإنه يدل على أن طلبه شرط وهو غير السبب لأن معنى كلامه وإنما يشترط وجوب سبب الأداء وهو طلب المدعى ، فالطلب سبب ووجوده شرط فلا مخالفة حينئذ . فإن قلت : أما يجعله شرطا ، وقوله تعالى - ولا يأبى الشهداء - ولا تكتنوا الشهادة -

أي لا يلزم ثبوته فيجوز ارتفاع التضييق (قوله وليس بالصحيح من المذهب) أقول : بل هو الصحيح من المذهب على ما صرح به في التوضيح وغيره . قال الشيخ الإمام سراج الدين المحتوا في شرح الكافي : أما النهى عن الشيء فأمر بضده إذا كان له ضد واحد بالتفاهة كالنهي عن التكفر يكون أمرا بالإيمان وإن كان له أنضاد ، فيه اختلاف انتهى (قوله على أن طلبه شرط وهو غير السبب) أقول : بولك أن تقول أطلق الشرط على السبب مجازا (قوله لأن معنى كلامه إلى قوله : فلا مخالفة حينئذ) أقول : فيه بحث ، فإن سببية الشيء لا يكون إلا بعد وجود الشيء

(والشهادة في الحدود يغير فيها الشاهد بين السر والظهار) لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوثق عن المكاتب (والسر أفضل) لقوله صلى الله عليه وسلم الذي شهد عنده «لو سترته بثوبك لكان خيرا لك» وقال عليه الصلاة والسلام «من ستر على مسلم سر الله عليه في الدنيا والآخرة» وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية السر

والوجه أن تقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره (قوله والشهادة في الحدود) أي الأداء في الحدود يغير فيها بين الأداء والترك لأن النبي في القرآن وإن كان عاما لكن ثبت تخصيصه بالشهادة على الحدود لما فيه من السر، فن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم الذي شهد عنده «لو سترته بثوبك لكان خيرا لك» كذا ذكره المصنف، والمعروف في الحديث أن هذا قاله صلى الله عليه وسلم لزال. ذكره مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد: بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من أسلم يقال له هزال «لو سترته بردائك لكان خيرا لك» والمراد بمرجع الضمير في قوله سترته أعز رضي الله عنه. روى أبو داود عن يزيد بن نعيم عن أبيه «أن مازع بن مالك أتى النبي صلى الله عليه وسلم فأقر عنده أربع مرات فأمر برجمه وقال لزال: لو سترته بردائك لكان خيرا لك» وإن هزال هو الذي أشار على «ماز» أن يأتي النبي صلى الله عليه وسلم ويقر عنده ولم يكن شاهدا، لأن مازعا إنما أحد بالإقرار. أخرجه أبو داود عن ابن المنكر أن هزال أمر مازعا أن يأتي النبي صلى الله عليه وسلم فيخبره. ورواه الحاكم

سببا. قلت: نعم لأنه خطاب وضع يدل على سببية غيره كتوله تعالى «أقم الصلاة لدلوك الشمس - قال (والشهادة في الحدود يغير فيها الشاهد بين السر والظهار الخ) (الشاهد في الحدود يغير بين أن يستر وأن يظهر لأنه يغير بين أن يشهد حسبة لله فيقام عليه الحد، وبين أن يتوقى عن هتك المسلم حسبة لله» والسر أفضل نقلا وعقلا، أما الأول فقوله صلى الله عليه وسلم الذي شهد عنده وهو رجل يقال له هزال الأسلمي «لو سترته بثوبك» وفي رواية «بردائك لكان خيرا لك» وقوله صلى الله عليه وسلم «من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة» وما روى من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم فإن فيها دلالة ظاهرة على أفضلية السر. قبل الأخبار معارضة لإطلاق الكتاب وإعمالها نسخ لإطلاقه، وهو لا يجوز بغير الواحد. وأجيب بأن الآية محمولة على المدنية لزولها فيها. ورد «بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب. والحق أن يقال: القدر المشترك ثانيا نقل عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه في السر والدرء متواتر في المعنى فيجوز الزيادة به. وقيل إن الخبر الأول ورد في مازع وحكايته مشهورة يجوز الزيادة به، وفيه نظر لأن شهرة حكاية مازع لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالسر، وأما الثاني فلأن السر والكتان إنما يحرم لخوف فوات حق المحتاج إلى الأموال والله تعالى غني عن

الأول، فالوجود داخل في جملة السبب ولهذا لم يمد السقاء وجودات المال علا أخرى فاتهم (قوله قلت نعم لأنه خطاب وضع يدل على سببية غيره) أقول: الأول مسلم والثاني ليس كذلك. قال في التوضيح في تعريف الحكم: الخطاب نوعان: إما تكليفي وهو المتعلق بأفعال المكلفين بالانقياد أو التغيير، وإما وضعي وهو الخطاب بأن هذا سبب ذلك أو شرط ذلك كالدلوك سبب الصلاة والوضوء شرط لها (قوله ورد بأن الاعتبار لمعوم اللفظ) أقول: المعوم مسلم لجواز أن يكون اللام للمع: أي شهداء الدين (قوله وقيل إن الخبر الأول ورد في مازع) أقول: إذا كان واردا في حكاية مازع ولم يثبت زناه بالشهادة فلا يصح قوله الذي شهد عنده فتأمل (قوله لأن شهرة حكاية مازع لا تستلزم شهرة الخبر الواحد فيها بالسر) أقول: الظاهر أن يقال لا تستلزم شهرة الخبر الوارد فيها بالسر (قوله والكتان إنما يحرم لخوف فوات حق المحتاج) أقول: التخصيص إنشائي فإن في معنى الأمة وطلاق المرأة يحرم السر والكتان وليس ممة خوف فوت حق المحتاج فتأمل. وجعل الجواب أن التخصيص إنشائي بالإضافة إلى حقوق الله تعالى التي تستحق التحقيق. أو نقول: المراد الخوف أو الكتان في الحقوق

(إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة فيقول أخذ) إحياء لحق المسروق منه (ولا يقول سرق) محافظة على السر ، ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجمع القطع فلا يحصل إحياء حقه

وزاد . وقال شعبة : قال يحيى : فذكرت هذا الحديث بمجلس فيه يزيد بن نعيم بن هـ ال فقال يزيد : هذا هو الحق ، هذا حديث جدى وقال : صحيح الإسناد . ورواه ابن سعد في الطبقات ، وفيه قال في هزال « بشما صنعت ، لو سترته بطرف دائك لكان خيرا لك » قال : يا رسول الله لم أدر أن في الأمر سعة « ومنه قوله صلى الله عليه وسلم من روية أتى هريرة « من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة » ورواه البخارى ومسلم . وتاقين الدرء من رسول الله صلى الله عليه وسلم : أى تلقين ما يحصل به الدرء دالة ظاهرة على قصده إلى السر والستر يحصل بالكتمان ، فكان كتمان الشهادة بالحدود مخصوصا من عموم تحريمه ، فمن ذلك ما أسند الطحاوى إلى أبى هريرة قال « أتى سارق إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقيل : يا رسول الله إن هذا سرق فقال ما إخاله سرق » وروى أبو داود « أنه صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع ، فقال له صلى الله عليه وسلم : ما إخالك سرت ، قال فأعاد مرتين أو ثلاثا فأمر به فقطع » الحديث . وروى عن ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لماعز : لعلك قبلت أو عجزت أو نظرت ، قال : لا » الحديث فتمناه في الحدود . فإن قلت : كيف صح لك القول بتخصيص العام من الكتاب بهذه وهى أخبار آحاد ، وأيضا شرط التخصيص عندكم المقارنة ومن أين ثبت لك ذلك . قلت : هذه الأخبار الواردة في طلب السر بلغت مبلغا لا تتحبط به عن درجة الشهرة لتعدد متونها مع قبول الأمة لها فصيح التخصيص بها ، أو هى مستند الإجماع على تخيير الشاهد في الحدود . فثبت الإجماع دليل ثبوت المخصص . وأما المقارنة فلأنها هى شرط التخصيص في نفس الأمر ، وهذا التخصيص الذى ادعيته هنا ليس بذلك بل هو جمع للمعارضة على ما كتبناه في التعارض من كتاب تحرير الأصول من أن الجمع بين العام والخاص إذا تعارضا بأن يحمل على تخصيصه به ، فإذا وجب للجمع حمله على ذلك تضمن الحكم منا بأنه كان مقارنا أو أنها ليست تخصيصات أول كما أنا إذا رجحنا في التعارض المحرم على المبيع وثبت صحتها تضمن حكمنا أن المبيع كان مقدما على التحريم ففسخ حكما لوجوب ترجيح المحرم وإن لم يعام تقدمه بعلم تاريخه ، وكثيرا ما يعترض بعض متأخري الشارحين على كثير من المواضع المحكوم فيها بالتخصيص من أصحابنا بأن المقارنة غير معلومة فلا يثبت التخصيص ، ومرادهم في تلك الأماكن ما ذكرنا ، هذا كله إذا نظرنا إلى مجرد إطلاق قوله تعالى - ولا يأبى الشهادة إذا ما دعوا - فأما إذا قيدناه بما إذا دعوا للشهادة في الدين المذكور أول الآية : أى قوله تعالى - إذا تدانتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه - ثم قال - ولا يأبى الشهادة - يعنى بذلك الدين فظاهر (قوله إلا أنه يجب أن يشهد بالمال) استدراك من قوله غير في الحدود ، فإنه يقتضى أن لا يشهد بالسرقة فقد يتبادر أنه لا يشهد فيها

العالمين ، وليس ثمة خوف قوات الحق فبقى صيانة عرض أخيه المسلم ، ولا شك في فضل ذلك (قوله إلا أنه يجب أن يشهد) استثناء من قوله يخفى ، وهو منقطع لأن الشهادة بالمال ليست بدخلة في الشهادة في الحدود ، وإنما يجب ذلك لأن فيها إحياء لحق المسروق منه فيقول أخذ ولا يقول سرق (محافظة على السر ، ولأنه بين أمرين

الذى تستر إنما يجرم الخ (قال المصنف : إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة) أقول : استدراك من قوله غير في الحدود ، إذنه يتوهم منه أنه لا يشهد في السرقة سلفا لاستلزامه الحد فقال يجب لعنه .

(والشهادة على مراتب : منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال) لقوله تعالى - واللاقي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم - ولقوله تعالى - ثم لم يأتوا بأربعة شهداء - (ولا تقبل فيها شهادة النساء) لحديث الزهري رضي الله عنه : مضت السنة من لدن رسول الله عليه الصلوة والسلام والخليفين من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ، ولأن فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيها يندري بالشبهات (ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى - واستشهدوا شهيدين من رجالكم

مطلقا لاستلزامه الحد فقال يجب أن يشهد بالمسال إحياء لحق مالكه على وجه لا يوجب الحد فيقول أخذ المسال ولا يقول سرق ، فإن الأخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه ودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك ، فلا تستلزم الشهادة بالأخذ مطلقا ثبوت الحد بها مع أن فيه مصلحة للمسروق منه ، لأنه إذا قال سرق فثبتت السرقة وجب القطع وبه ينفي ضمان المال إن كان أتلفه (قوله والشهادة على مراتبها) أربعة (منها الشهادة في الزنا) والشهادة في بقية الحدود والقصاص ، والشهادة فيها سواها من المعاملات ، والشهادة فيها لا يطالع عليه الرجال من النساء ، أما على الزنا فيعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى - فاستشهدوا عليهن أربعة منكم - وروى ابن أبي شيبة : حدثنا حفص عن حجاج عن الزهري قال : مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين بعده أن لا يجوز شهادة النساء في الحدود والماء انتهى . وتخصيص الخليفين ، يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما لأنهما

لا يجتمعان القطع والضمان ، وأحدهما حق الله تعالى والآخر حق العبد ، والستر الكلي إبطال لهما وفيه تضييع حق العبد فلا يجوز . والإقدام على إظهار السرقة ترجيح حق الله تعالى على حق العبد المحتاج وهو لا يجوز فنعين الشهادة على المال دون السرقة : قال (والشهادة على مراتب) رتبها الشرع على ما علم فيها من الحكمة ، فنها الشهادة بالزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى - واللاقي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم - ولقوله تعالى - ثم لم يأتوا بأربعة شهداء - ولفظ أربعة نص في العدد والذكورة ، وأما الإسلام والعدل والمال فقد تقدم اشتراطها . وأما اشتراط الأربعة فيه دون القتل العمود وغيره فالظاهر أنه أن الله تعالى يجب الستر على عباده ولا يرضى بإشاعة الفاحشة (ولا تقبل شهادة النساء لحديث الزهري : مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين) يعني أبا بكر وعمر رضي الله عنهما (من بعده أن لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص) وتخصيصهما بالذكر لما ورد في حقهما من قوله صلى الله عليه وسلم « اقتلوا بالبلدين من بعدى أبي بكر وعمر » (ولأن في شهادتهما شبهة البدلية لقيامهما مقام شهادة الرجال) في غير الحدود ، قال الله تعالى - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - على سياق قوله تعالى - فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام - وإنما قال شبهة البدلية لأن حقيقتها إنما تكون فيما امتنع العمل بالبلد مع إمكان الأصل كالأية الثانية ، وليس شهادتهما كذلك لأنها جائزة مع إمكان العمل بشهادة الرجلين ، وإذا كان فيها شبهة البدلية (فلا تقبل فيها يندري بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود) كحد الشرب والسرقة وحد القذف (والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين) لقوله تعالى - واستشهدوا شهيدين من رجالكم - فإنه بعمومه يتناول المطلوب وغيره لما مر من عموم اللفظ ، وهو نص في بيان العدد والذكورة والبلوغ خلا أن باب

(قوله وللفظ أربعة نص في الخ) أقول : فيه بحث ، إلا أن يراد النص المصطلح أو يكون الكلام على التشبيه (قوله فالظاهر أنه أن الله تعالى يجب الستر على عباده) أقول : إذ وقوف الأربع على هذه النقطة قلما يتحقق (قوله وإنما قال شبهة البدلية إلى قوله مع إمكان الأصل) أقول : فيه أن ذلك في الخلف لا في البذل ، فإن المسح على الخلف يدل على غسل الرجل مع أنه يصار إليه مع إمكان البذل منه فليتل (قوله لما مر من عموم اللفظ) أقول : فيه بحث (قوله والذكورة والبلوغ) أقول : وق قاموس اللغة الرجل ينسب إليه وسكوته معروف ، وإنما هو إذا أحلم وشب أو هو رجل سامة يوله انتهى ، فحق قوله والبلوغ تأمل .

(ولا تقبل فيها شهادة النساء) لما ذكرنا (قال : وما سوى ذلك من الحقوق يقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال مثل النكاح) والطلاق والعناق والعدّة والحالة والوقف والصالح (والوكالة والوصية) والمطالبة والإقرار والإبراء والولد والولاد والنسب ونحو ذلك . وقال الشافعي رحمه الله : لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها ؛ لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فلانها لا تصلح للإمارة ولهذا لا تقبل في الحدود ، ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها قبلت في الأموال ضرورة ، والنكاح أعظم خطرا وأقل وقوعا فلا ياحتج بما هو أدنى خطرا وأكثر وجودا .

الإنان كان معظم تقرير الشرع وطرق الأحكام في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرها إلا الاتباع ، ولأن النص أوجب أربعة رجال بقوله تعالى - أربعة منكم - فقبل امرأتين مع ثلاثة مخالفت لما نص عليه من العدد والمحدود . وغاية الأمر المعارضة بين عموم - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - وبين هذه فتقدم هذه لأنها مانعة وتلك مبيحة . وأيضا هذه تفيد زيادة قيد وزيادة القيد من طرق الدرع فإنه كلما كثرت قيود الشيء قل وجوده بالنسبة إلى ما ليس فيه زيادة تفيد ، ولأن فيها شبهة البدلية ، ولذا لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة ، وذلك لأن قوله تعالى - فإن لم يكونا رجلين - الآية ظاهره أنه لا تقبل شهادتهن إلا عند عدم رجال يشهدون . وقد روى عن بعض العلماء ذلك فاعتبر حقيقة البدلية لكن لما لم يكن ذلك معه ولا به عند أهل الإجماع نزلت إلى شبهة البدلية والشبهة للحقيقة فيما يندرج بالشبهات . وسائر ما سوى حد الزنا من الحدود يقبل فيها شهادة رجلين ولا تقبل النساء لما ذكرنا ، وكذا القصاص وما سوى ذلك من المعاملات : أي وكل ما سوى ذلك يقبل فيه رجلان أو رجل وامرأتان سواء كان الحق مالا أولا كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتق والرجعة والنسب . وقال الشافعي : لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها كالإذن وشرط الخيار والشفعة والإجارة وقتل الخطأ وكل جرح لا يوجب إلا المال ، وكذا فسخ العقود وقبض نجوم الكتابة إلا النجم الأخير فيه وجهان لترتب العتق عليه ، لأن الأصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط ، وكقول الشافعي .

الزنا خرج بما تلونا في الباقي على تناوله (قوله ولا تقبل شهادة النساء) يجوز أن يكون جوابا عما يقال ، فلا آية هذه عقب بقوله - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - وليست شهادتهن فيها مقبولة . ووجهه أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ، ولئن أوجب فعلم قبوله لما ذكرنا من حديث الزهري وشبهة البدلية في شهادتهن ، فإن قلت : ما مسلك الحديث من الآية هاهنا أنقصيص أم نسخ . قلت : مسلكه منها مسلك آية شهادة الزنا من هذه ، وهو إما التخصيص إن ثبتت المقارنة أو النسخ . وقول الزهري : مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفين يدل على تلقيه المصدر الأول بالقبول فكان مشهورا تجوز الزيادة به . قال (وما سوى ذلك من الحقوق الخ) وما سوى المرتبتين من بقية الحقوق (مالا كان أو غيره كالنكاح والطلاق والوكالة والوصية) أي الوصاية لأنه في تعداد غير المال (ونحو ذلك) يعني العتاق تقبل فيها شهادة رجلين أو رجل وامرأتين بما تلونا (وقال الشافعي رحمه الله : لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها) كالإعارة والإجارة والتكفالة والأجل وشرط الخيار . واستدل بأن الأصل شهادتهن عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فلانها لا تصلح للإمارة . ولهذا) أي ولأن الأصل عدم القبول (لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الأربع منهن وحدهن إلا أنها مستتانة من ذلك الأصل في الأموال ضرورة إحياء حقوق العباد) لكثرة وقوعها ودنو

ولنا أن الأصل فيها القبول لو وجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والأداء ، إذ بالأول يحصل العلم للشاهد ، وبالثاني يتيقن ، وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا يتقبل إخبارها في الإخبار ، وتقضان الضبط بزيادة التيسار انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة فلهذا لا يتقبل فيها يندري بالشبهات ، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات

رحم الله قال مالك . وعن أحد روايتان رواية كقولنا ورواية كقولهما ، وقصور الولاية حتى أنها لا تصلح للإمارة ولا تقبل شهادة الأربع منهن ، لكن خرج عن الأصل شرعا في الأموال ضرورة لكثرة وقوع أسبابها فيلحق الحرج بطلب رجلين في كل حادثة . وكذا العادة أن يوسع فيها يكثر وقوعه ، بخلاف الزكاح فإنه مع كونه أعظم خطرا أقل وقوعا فلا يلحق الحرج بالاشتراط ، ولذا قال تعالى في الرجعة وأشهدوا ذوي عدل منكم - والرجعة من نواجع النكاح فألحقت بقية النواجع به كالخلع والطلاق . قال المصنف (ولنا أن الأصل فيها القبول) فابتدأ بتضمين مع مقدمته القائلة بالأصل عدم القبول ، ثم أثبت هذه بوجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة الخ . واعترض بأن المشاهدة والضبط أهلية الأداء لا أهلية الشهادة ، بل هي كما قال في الأسرار : إن أهليتها بالولاية والولاية مبنية على الحرية ، والإرث والنساء في هذا كالرجال . بقي أهلية التحمل وهو بالمشاهدة والضبط والنساء في ذلك كالرجال ولهذا قبلت روايتي لأحاديث الأحكام الملزمة للأمة . فعن هذا قد يقال والله تعالى أعلم : إن جعل الشارع الثنتين في مقام رجل ليس لنقصان الضبط ونحو ذلك بل لإظهار درجتين عن الرجال ليس غير ، ولقد نرى كثيرا من النساء يضيطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرن أكثر من الرجال لكثرة الواردات على خاطر الرجال

خطرها فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا وأقل وجودا كالنكاح والطلاق والرجعة والإسلام والردة والبلوغ والولاء والعدة والجرح والتعديل والعفو عن القصاص (ولنا أن الأصل فيها القبول لو وجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة وهو المشاهدة) التي يحصل بها العلم والضبط الذي يتيقن به العلم إلى وقت الأداء والأداء الذي يحصل به العلم للقاضي (ولهذا) أي ولكون القبول أصلا فيها (قبل إخبارها في الإخبار) ولما قل أن يقول : ما ذكرتم مما يبتنى عليه أهلية الشهادة إما أن يكون علة لها أو شرطا ، لا سيئيل إلى الأول لأن أهليتها بالحرية والإسلام والبلوغ والمشاهدة والضبط والأداء ليست بعلة لذلك لاجتماع ولا فرادى . والثاني كذلك لعدم توقفها عليها كذلك لاجتماع ولا فرادى ، على أنه لا يلزم من وجوده وجود الشروط . والجواب أن أهلية الشهادة هيئة شرعية تحصل بمجموع ما ذكر من الحرية والإسلام والبلوغ . وأما المشاهدة والضبط والأداء فليست بعلة لها ، وإنما هي علة لأهلية قبولها ، فإنها لو فرضنا وجود أهلية الشهادة بالإسلام والبلوغ والحريّة والذكورة أيضا وفاته أحد الأمور المذكورة المشاهدة أو الضبط أو الأداء إذا أدى بغير لفظة الشهادة لم تقبل شهادته ، وإن كانت علة استلزم وجودها وجود معلومها وهو القبول ، وعلى هذا يقدر في كلام المصنف مضاف : أي أهلية قبول الشهادة (قوله ونقصان الضبط) جواب عن قول الشافعي واختلال الضبط . وتوجيه أن يقال : إن ذلك بعد التسليم انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق بعد ذلك إلا الشبهة

(قال المصنف : ولنا أن الأصل فيها القبول لو وجود ما يبتنى عليه أهلية الشهادة) أقول : يعني أهلية قبولها فللغضاف مقدر (قوله والمشاهدة والضبط والأداء ليست بعلة لذلك الخ) أقول : وإلا لكان العبد والعبيد والمعتق والمكاتب أهلا للشهادة (قوله لعدم توقفها عليها) أقول : لتضمن أهلية الشهادة على الأداء (قوله كذلك) أقول : لاجتماع ولا فرادى (قوله على أنه لا يلزم من وجوده وجود للشروط) أقول : يعني أهلية الشهادة (قوله فإننا لو فرضنا وجود أهلية الشهادة الخ) أقول : فلازم من هذا التعليل التوقف لا البلية ، إلا أن يرتكب التطويل في كلامه بأن يراد بالبلية المدخلة فيها (قوله وهو القبول) أقول : أي أهلية القبول .

وعلم قبول الأربع على خلاف القياس كى لا يكثر خروجهن . قال (وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطالع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) لقوله عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء جائرة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه » والجمع المحلى بالكلف واللام يراد به الجنس فيتناول الآكل . وهو حجة على الشافعي رحمه الله في اشتراط الأربع ، ولأنه إنما سقطت الذكورة ليخف النظر لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف فكذلك يسقط اعتبار العدد إلا أن المتن والثلاث أحوط لما فيه من معنى الإلزام

وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الأمرين في جنس النساء . سلمنا أنه لنقصان الضبط وزيادة النسيان في جنسهن وإن كان بعض أفرادهن أضيظ من بعض أفراد الرجال لقوله تعالى - أن تضلّ إحداها فتذكر إحداها الأخرى - لكن ذلك انجبر بضم الأخرى إليها فلم يبق حيث لا شبهة فلم تقبل فيما يندري بالشبهات ، وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات ، وأما عدم قبول الأربع فلي وخلاف القياس كأنه كى لا يكثر خروجهن (قوله وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطالع عليه الرجال شهادة امرأة واحدة) مسلمة حرة عدلة والثنتان أحوط

البديلة فلا تقبل فيما يندري بالشبهات وتقبل فيما ثبت بها ، وهذه الحقوق المذكورة من النكاح وغيرها مما ثبت بها . أما النكاح والطلاق فظاهر لثبوتها مع الغزل ، وأما الوكالة والإيصاء والأموال فإنه يجري فيها كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة ، وذلك أمانة ثبوتها مع الشبهة فلذلك تثبت بشهادة النساء مع الرجال ، ولم يذكر الجواب عن قوله لنقصان العقل ، ولا عن قوله لقصور الولاية . والجواب عن الأول أنه لا نقصان في عقلمن فيها هو مناط التكليف . وبين ذلك أن النفس الإنسانية أربع مراتب : الأولى استعداد العقل ويسمى العقل الحيواني وهو حاصل لجميع أفراد الإنسان في مبدأ فطرته . والثانية أن تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات فيها لا اكتساب الفكريات بالفكر ، ويسمى العقل بالملكة وهو مناط التكليف . والثالثة أن تحصل النظريات المفروغ عنها متى شاء من غير افتقار إلى اكتساب وهو يسمى العقل بالفعل . والرابعة هو أن يستحضرها ويلتصق إليها مشاهدة ويسمى العقل المستفاد ، وأيسر فيما هو مناط التكليف وهو العقل بالملكة فيمن نقصان بمشاهدة حاله في تحصل البديهيات باستعمال الحواس في الجزئيات وبالتنبه إن نسيته . فإنه لو كان في ذلك نقصان لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان وليس كذلك ، وقوله صلى الله عليه وسلم « هن ناقصات عقل » المراد به العقل بالفعل وذلك لم يصاحن لولاية والخلافة والإمارة ، وبهذا ظهر الجواب عن الثاني أيضا فتأمل (قوله وعدم قبول الأربع) جواب عن قوله ولا تقبل شهادة الأربع . ووجهه أن القياس يقتضي قبول ذلك أيضا ولكنه ترك ذلك كى لا يكثر خروجهن . قال (وتقبل في الولادة والبكارة) اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة

(قوله ولم يذكر الجواب عن الخ) أقول : فيه بحث (قوله لا نقصان في عقلمن) أقول : في صحاح الكتب الإيمان . من المصاحب عن أبي سعيد الخدري قال « خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم في أنسبي أو غلر إلى المصلى ، فر بالنساء فقال : يا معشر النساء تصلفن فإني أرى كن أكثر أهل النار ، قلن : وبم يا رسول الله ؟ فقال : تكثرن اللين وتكفرن العشير ، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم من إحداكن ، قلن : وما نقصان ديننا وعقلنا يا رسول الله ؟ فقال : أليس شهادة المرأة مثل نصف شهادة الرجل ؟ قلن : بلى ، قال : فلذلك من نقصان عقلمن ، قال : أليس إذا حاضت لم تصل ولم تمس ؟ قلن : بلى ، قال : فلذلك من نقصان دينها » انتهى الحديث الشريف . وأنت خير بأن ماذكره الشارح مخالف لظاهر الحديث (قوله في تحصيل البديهيات الخ) أقول : فيه أنه لو جوب احتجابين وسرهن أكثر البديهيات محبوبة عنهن كما لا يخفى (قوله لكان تكليفهن دون تكليف الرجال في الأركان وليس كذلك) أقول : فيأن تكليفهن دون تكليف الرجال ؛ ألا يرى أنه لا يفرض من الصلاة أيام حيضهن فتأمل في جوابه (قوله ولذلك لم يصلحن الولاية والخلافة والإمارة) أقول : ولا يخفى عليك أيضا أن الشهادة ضرب من الولاية .

(ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق) وأما حكم البكارة فإن شهد أنها بكر يؤجل في العنين سنة ويفرق بعدها

وبه قال أحمد. وشرط الشافعي أربعة . ومالك ثنتين . له أن كل ثنتين يقومان مقام رجل . ولمالك أن المعتبر في الشهادة أمران العدد والذكورة ، وقد سقط اعتبار الذكورة في العدد . ولنا ما روى محمد بن الحسن في أول باب شهادات النساء من الأصل عن أبي يوسف عن غالب بن عبد الله عن مجاهد وعن سعيد بن المسيب وعن عطاء ابن أبي رباح وطاوس قالوا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه » وهذا مرسل يجب العمل به . وجه الاستدلال بهذا الحديث قد اتفقنا على أن اللام لما لم يكن اعتبارها في العهد إذ أعهد في مرتبة مخصوصها من مراتب الجمع كانت للجنس وهو يتناول القليل والكثير فتصح بواحدة والأكثر أحسن قلنا كذلك : وروى عبد الرزاق : أخبرنا ابن جريج عن ابن شهاب عن الزهري قال : مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطلع عليه غيرهن من ولادات النساء وعيوبهن ، وهذا مرسل حجة عندنا ، وهو مثل ما ذكره المصنف ، ورواه ابن أبي شيبة . وروى عبد الرزاق أيضا أخبرنا أبو بكر بن أبي سبرة عن موسى بن عقبة عن القعقاع بن حكيم عن ابن عمر رضي الله عنه قال : لا تجوز شهادة النساء وحدهن إلا على ما لا يطلع عليه إلا هن من عورات النساء . وله غارح آخر . قال المصنف (ثم حكمها في الولادة شرحناه في كتاب الطلاق)

والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصر أفراد قصر الموصوف على الصفة لاعتكسه كافتهم صاحب النهاية : واعترض بقول شهادة رجل واحد فيها لقوله صلى الله عليه وسلم وشهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه ووجه الاستدلال أن الألف واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثمة معهود ينصرف إلى الجنس فيتناول الواحدة فما فوقها على ما عرف في موضعه : وهو حجة على الشافعي في اشتراط الأربع بناء على أن كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادات . قوله (ولأنه) دليل معقول لنا . ووجهه أن الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لأن نظر الجنس أخف وفي إسقاط العدد تخفيف النظر فيصير إليه ، إلا أن المتني والمثلث أحوط لما فيه من معنى الإلزام واعترض بأن في هذا التمايل نوع مناقضة ، لأنه لو كان جواز الاكتفاء بنظر الواحدة خلفه نظر هلمسا كان نظر الاثنين والثلاث أحوط من نظر الواحدة . والجواب أن يقال : خفة النظر توجب عدم وجود اعتبار العدد ، ومعنى الإلزام يقتضى وجوب فعلهما بهما وقلنا بعدم الوجوب والجواز احتياطا (ثم حكمها) أى حكم شهادة امرأة واحدة في الولادة (شرحناه في الطلاق) يعنى في باب ثبوت النسب

(قوله والعيوب بالنساء في موضع الخ) أقول : قوله في موضع فيه العيوب للاحتراز عن مثل الأصغر الثلاثة (قوله فهو قصر أفراد قصر الموصوف على الصفة) أقول : فيه شيء ، فإن ما ذكره هو قصر الصفة على الموصوف . ثم لا يخفى أنه ليس في عبارة الكتاب ما يفيد القصر أصلا ، بل مراد صاحب النهاية التخصيص للذكرى فإنه يفيد نفي الحكم عما عداه في الروايات . فالأصوب أن يقال : سكوته عن قبول شهادة الرجل الواحد بناء على فهمه بما ذكره بطريق الدلالة فليأمل (قوله لاعتكسه كما فهم صاحب النهاية) أقول : عبارة النهاية هي علم أنه ذكر هاهنا ثلاثة أشياء ، ثم خص شهادة امرأة واحدة ، وهذا التخصيص صحيح في حق البكارة لا في حق الولادة والعيوب ، فإن شهادة رجل واحد يقبل أيضا فيها لأنه ذكر في الإيضاح مطلقا بقوله وتقبل شهادة رجل واحد على الولادة ، لأنه إذا جاز قبول شهادة امرأة واحدة فقبول رجل واحد أولى وكذا ذكر في باب وشهادة النساء من شهادات الميسوط قال : ولم يذكر في الكتاب أنه لو شهد بذلك : أتى بالولادة والعيوب في موضع لا يطلع عليه الرجال رجل واحد بأن قال فاجتأها فافتق نظري إليها . والجواب أنه لا يمنع قبول شهادته إذا كان عدلا في مثل هذا الموضع . لم يصحح أنه لا يشترط العدد لأن شهادة الرجل أقوى من شهادة المرأة ، فلما ثبت للصبر به هاهنا بشهادة امرأة واحدة في شهادة رجل واحد أولى . وقد قال بعض مشايخنا : إنه وإن قال تمدت النظر تقبل شهادته في ذلك كما في الزنا انتهى بديارته . أقول : القياس على سائر المراتب : أى مراتب الشهادة يقتضى ما ذكره في النهاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء » الخ) أقول : دليل لأصل الدعوى (قوله ينصرف إلى الجنس) أقول : إذ الكل ليس مراد قطعا (قوله فصيلنا هما الخ) أقول : فيه بحث ، إذ لم يثبت بما ذكره أحوطية العدد

لأنها تأيدت بمؤيد إذ البكارة أصل . وكذا في رد الميعة إذا اشتراها بشرط البكارة ، فإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولن والعيب يثبت بقولن فيحلف البائع ، وأما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله في حق الإرث لأنه مما يطلع عليه الرجال إلا في حق الصلاة لأنها من أمور الدين . وعندهما تقبل في حق الإرث أيضا لأنه صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصارت كشهادتهن على نفس الولادة

أى في باب ثبوت النسب منه . وفي المبسوط : لو شهد بالولادة رجل فقال فاجأتها فاتفق نظري إليها تقبل إذا كان عدلا ، ولو قال تعمدت النظر لا تقبل ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي . وقال بعض مشايخنا : إن قال تعمدت النظر تقبل أيضا ، وبه قال بعض أصحاب الشافعي رحمه الله . وأما حكم البكارة ، فإن شهدت أنها بكر يؤجل العنين سنة فإذا مضت فقال وصلت إليها فأنكرت ترى النساء ، فإن قلن هي بكر تحيّر فإن اختارت القرعة فرق للحال ، وإنما فرق بقولن لأنها تأيدت بمؤيد وهو موافقة الأصل ، إذ البكارة أصل ، ولو لم تأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لآي إلزام الخصم ، وكذا في رد المبيع إذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب يريها النساء ، فإن قلن هي بكر لزمت المشتري لتأييد شهادتهن بمؤيد هو الأصل ، وإن قلن هي ثيب لم يثبت حق الفسخ لأن حق الفسخ قوى وشهادتهن ضعيفة ولم تأيد بمؤيد لكن ثبت حق الخصومة فتوجه العنين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر ، فإن لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعثها وهي بكر ، فإن نكل ردت عليه ، وإن حلف ازم المشتري ، وأما شهادتهن على استهلال الصبي فتقبل في حق الصلاة عليه بالاتفاق ، وأما في حق الإرث فعندهما كذلك ، وعند أبي حنيفة لا تقبل إلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لأن الاستهلال صوت مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال ، بخلاف الولادة فلما انفصل الولد من الأم فلا يطلع عليه الرجل

حيث قال : وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لسته أشهر فصاعدا نهجحد الزوج الولادة تثبت الولادة بشهادة امرأة واحدة ، وإن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة رحمه الله وقالوا : تطلق ، وإن كان الزوج قد أقر بالحل طلق من غير شهادة عند أبي حنيفة : يعنى تثبت الولادة بتول امرأته وعندهما يشترط شهادة القابلة ، وأما حكم البكارة فلما كانت مهيرة أو مبيعة لا بد من نظر النساء إليها للحاجة إلى فصل الخصومة بينهما ، فإذا نظرن إليها وشهدن فلما أن تأيد شهادتهن بمؤيد أولا ، فإن كان الأول كانت شهادتهن حجة ، وإن كان الثاني لا بد أن ينضم إليها ما يؤيدها ، فعلى هذا إذا شهدن بأنها بكر فإن كانت مهيرة تؤجل في العنين سنة ويفرق بعده لأن شهادتهن تأيدت بالأصل وهو البكارة ، وإن كانت مبيعة بشرط البكارة فلا يمين على البائع لذلك ولتقتضى البيع وهو الزوم ، وإن قلن إنها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله إلى قولن لأن الفسخ قوى وشهادتهن حجة ضعيفة لم تأيد بمؤيد فيحلف بعد القبض بالله لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر وقبله بالله لقد بعثها وهي بكر ، فإن حلف ازم المشتري وإن نكل ترد عليه . فإن قيل : شهادة النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فيجب بالرد بقولن والتحليف ترك العمل بالحديث . أجاب بأن العيب يثبت بقولن : يعنى في حق مباح الدعوى والتحليف فإن المشتري إذا ادعى عيبا في المبيع لا بد له من إثبات قيامه به في الحال ليثبت له ولاية

(قوله وإن قلن إنها البكر) أقول : وفي بحث يعلم من قوله يعنى في حق مباح الدعوى والتحليف (قوله فإذا قلن إنها ثيب ثبت العيب الخ) أقول : فيه أنه حينئذ لا يستقيم قوله وشهادتهن حجة ضعيفة الخ ، فإن الحكم في شهادة الرجال بالشهوب كالإباق كما ذكرنا هنا بلا فرق قليل أو كثير . والجواب أن الفرق فيما إذا كان النزاع قبل القبض حيث يلزم المشتري إذا حلف البائع كاف في ضعف حجتها ، وفي تأمل (قوله ثم يحلف البائع ، إلى قوله : كانت في يده الخ) أقول : فإلى الجواب فيما قبل القبض ؟

قال (ولا بد في ذلك كله من العدالة ولقطة الشهادة ، فإن لم يذكر الشاهد لقطة الشهادة وقال أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته) أما العدالة فقلوله تعالى - بمن ترضون من الشهداء - وقلوله تعالى - وأشهدوا ذوى عدل منكم - ولأن العدالة هي المعنية للصدق ، لأن من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه . وعن أبي يوسف رحمه الله أن الفاسق إذا كان وجبها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته ، والأول أصح ،

وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا يحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة ، ويقولهما قال الشافعي وأحمد وهو أرجح (قوله ولا بد في ذلك كله من العدالة ولقطة الشهادة) حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل . وثالث وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل ، وكذا مثل شهادة صاحبي عند الخصاف للاحتيال . أما اشتراط العدالة فقلوله تعالى - وأشهدوا ذوى عدل منكم - وقال تعالى - بمن ترضون من الشهداء ولأن العدالة هي المعنية لجهة الصدق ، فإن الشهادة إخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر إلى نفس المفهوم ، فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به . فإن قيل : المذكر أيضا قد يكون عدلا . فالجواب أنه يعارضه اختلاف المدعى فيساقطان وتسلم الشهادة عن المعارض أو يرجع إخبار المدعى بالشهادة (وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجبها في الناس) كباشري السلطان والمكسة وغيرهم (تقبل شهادته لأنه لا يستأجر لشهادة الزور لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته ، والأول أصح) لأن هذا التعليل في مقابلة النص فلا يقبل

التحليف ، وإلا كان القول للبائع تحسكه بالأصل . فإذا قلت : إنها ثبت الغيب في الحال وعمل بالحديث ثم يحلف البائع على أنه لم يكن بها ذلك الغيب في الوقت الذي كانت في يده : وأما شهادتهن على استبلال الصبي ففي حق الإرث عند أبي حنيفة رحمه الله غير مقبولة لأن الاستبلال صوت الصبي عند الولادة وهو مما يطلع عليه الرجال فلا تكون شهادتهن فيه حجة لكنها في حق الصلاة مقبولة لأنه من أمور الدين وشهادتهن فيها حجة كشهادتهن على هلال رمضان . وعندهما في حق الإرث أيضا مقبولة لأنه صوت عند الولادة والرجال لا يحضروها عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة . والجواب أن المعتبر في ذلك إمكان الاطلاع ولا شك في ذلك فلا معتبر بشهادتهن ، ونفس الولادة هو انفصال الولد عن الأم وذلك لا يشارك الرجال فيه النساء (قال ولا بد في ذلك كله من العدالة الخ) لا بد في المال وغيره مع ما ذكرنا من شروط الشهادة العدالة وهي كون حسنة الرجل أكثر من سيئاته ، وهذا يتناول الاجتناب عن الكبائر وترك الإصرار على الصغائر (ولقطة الشهادة) حتى لو قال الشاهد عند الشهادة أعلم أو أتيقن لم تقبل شهادته في تلك الإحصاءة في ذلك الوقت (أما اشتراط) العدالة فقلوله تعالى - بمن ترضون من الشهداء - والفاسق لا يكون مرضيا وقلوله تعالى - وأشهدوا ذوى عدل منكم - (ولأن) الشهادة حجة باعتبار الصدق (والعدالة هي المعنية للصدق) فهي علة الحجية وما سواها معذرات (لأن من يتعاطى غير الكذب) من محظورات دينه (فقد يتعاطاه أيضا . وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان وجبها) أي ذا قدر وشرف (في الناس ذا مروءة) أي إنسانية والمهزة وتشديد الواو فيها لغتان (تقبل) شهادته لأنه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروءته ، والأول (يعني عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا وجبها ذا مروءة كان أولا (أصح) لأن قبولهما لإكرام الفاسق

(قوله وأما اشتراط العدالة الخ) أقول : فيه بحث (قال المصنف : فقلوله تعالى - وأشهدوا ذوى عدل منكم -) أقول : فإن قيل : بعض النصوص وردت مطلقة كما سبق ، وإذا دخل النص المطلق والمقيد على السبب لم يحمل المطلق على المقيد عننا فكيف يجب اشتراط العدالة ؟ قلنا : المطلق ينصرف إلى التام (قوله وما سواها معذرات) أقول : فيه بحث ، إلا أن يحمل على المد المصطلح (قال المصنف : ويمتنع من الكذب لمروءته) أقول : تجيء للسطة في باب من تقبل شهادته ، وفي التعليل مقابلة .

إلا أن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا - وقال الشافعي رحمه الله : لا يصح ، والمسئلة معروفة : وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة ، ولأن فيها زيادة توحيد ، فإن قوله أشهد من ألفاظ اليمين كقوله أشهد بالله فكان الامتناع عن الكذب بهذه اللفظة أشد . وقوله في ذلك كله إشارة إلى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ، ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنها

(إلا أن القاضي إن قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا) ويكون القاضي عاصيا (وأما) اشتراط (لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها) أي في النصوص (بهذه اللفظة) قال تعالى - وأشهدوا ذوى عدل منكم - . وأشهدوا إذا تبايعتم - واستشهدوا شهيدين من رجالكم - فاستشهدوا عليهن أربعة منكم - وأقيموا الشهادة لله - وقال عليه الصلاة والسلام « إذا رأيت مثل الشمس فاشهد » . وحاصل هذا أن النصوص وردت بلفظ الشهادة . فلأن قيل : غاياتها وردت بلفظ الشهادة وذلك لا يوجب على الشاهد لفظ الشهادة كما قال تعالى - وربك فكبر - ولم يرد من السنة في تكبير الافتتاح إلا بلفظ التكبير كقوله صلى الله عليه وسلم « تحريمها التكبير » ولم يشترط لذلك لفظ التكبير عند أي حنيفة فمن أين لزم في الشهادة ؟ قلنا : لفرق معنوى وهو أن لفظة الشهادة أقوى في إفادة تأكيد متعلقها من غيرها من الألفاظ كأعلم وأتقن لما فيها من اقتضاء معنى المشاهدة والمعاينة التي مرجعها الحس ولأنها من ألفاظ الحلف فلا امتناع مع ذكرها عن الكذب أظهر . وقد وقع الأمر بلفظ الشهادة في قوله تعالى - وأقيموا الشهادة لله - وقوله عليه الصلاة والسلام « إذا رأيت مثل الشمس فاشهد » فلزم لذلك لفظ الشهادة ، بخلاف التكبير فإنه التعظيم ، وليس لفظ أكبر أبلغ من أجل « وأعظم فكانت الألفاظ سواء ، فلم تثبت خصوصية توجب تعيين لفظ أكبر . وقوله (في ذلك كله) أي في المراتب الأربع كلها تشترط فيها العدالة ، ولفظ الشهادة في شهادة النساء وغيرها . وقوله (هو الصحيح) احتراز عما قال العراقيون من عدم اشتراط لفظ الشهادة لأنها

ونحن أمرنا بخلاف ذلك ، قال صلى الله عليه وسلم « إذا لقيت الفاسق فאלقه بوجه مكفهر » والمعلن بالفسق لأمروعة له (لكن القاضي لو قضى بشهادة الفاسق صح عندنا ، وأما لفظة الشهادة فلأن النصوص نطقت باشتراطها إذ الأمر فيها بهذه اللفظة) قال الله تعالى - وأقيموا الشهادة لله - وأشهدوا إذا تبايعتم - واستشهدوا شهيدين من رجالكم - وقال صلى الله عليه وسلم « إذا علمت مثل الشمس فاشهد ولا فقع » (ولأن في لفظة الشهادة زيادة توكيد) لدلالاتها على المشاهدة (ولأن قوله أشهد من ألفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ أشد) وهو المقصود بخلاف لفظ التكبير في الافتتاح فإنه للتعظيم فيجوز تبديل ما هو أصرح فيه به (قوله في ذلك كله) يريد به ما وقع في المختصر من قوله ولا بد في ذلك : أي في جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ، ولفظة الشهادة في شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لأنه شهادة لما تقدم أن فيه معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء واشترط فيه الحرية والإسلام . وقوله هو الصحيح احتراز عن قول العراقيين فإنهم لا يشترطون فيها لفظة الشهادة ، فإذا أقام

(قوله بوجه مكفهر) أقول : أي شديد السيوس (قال المصنف : إذ الأمر فيها بهذه اللفظة) أقول : فيه كلام لأنه ليس معنى لفظ أشهد يل مناه أمير فلا يثبت الاشتراط بمجرد ما ذكره . وجوابه أن الشهادة هو الإخبار عن مشاهدة وعيان وهو الملتزم لقاضي لا مطلق الإخبار فتأمل (قوله ولأن في لفظة الشهادة) أقول : الأول أن يحمل هذا وجها لدلالة النصوص على الاشتراط ، إذ لا تظهر تلك الدلالة بدون ملاحظته ولا يحمل دليلا مستقلا على المسمى كما قبله (قوله بخلاف لفظ التكبير الخ) أقول : جواب عما يقال ما الفرق بين الأوامر المشتقة من الشهادة وبين غيرها من الأوامر حتى روعي في الأول اللفظ الذي ورد به الأمر دون الثانية مثل كبير .

شهادة لما فيه من معنى الإلزام حتى اختص بمجلس القضاء ولهذا يشترط فيه الحرية والإسلام (قال أبو حنيفة رحمه الله : يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في السلم ولا يسأل عن حال الشهود حتى يطعن الخصم) لقوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون عدول بعضهم على بعض » إلا محمودا في قذف « ومثل ذلك مروى عن عمر رضي الله عنه . ولأن الظاهر هو الاتزاجار عما هو محرم دينه ، وبالظاهر كفاية إذ لا وصول إلى القطع (إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود) لأنه يحتمل إسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ، ولأن الشبهة فيها دارة ، وإن طعن الخصم فيهم

خبر كالشهادة على هلال رمضان . ووجه الظاهر وهو قول سائر الناس ومنهم مشايخ المذهب من البخاريين والبخيين وغيرهم ما ذكرنا من النصوص مع وجه إفادة اشتراطها ، بخلاف رمضان فإن اللازم فيه ليس الشهادة بل الإخبار ذكر في الخلاصة في كتاب الشهادات ، لو أخبر عدل القاضي بمجيء رمضان يقبل قوله وبأمر الناس بالصوم يعني في يوم النعم ، ولا يشترط لفظ الشهادة وشرائط القضاء ، أما في العيد فيشترط لأنه يدخل تحت الحكم لأنه من حقوق العباد انتهى . ولهذا احتاجوا إلى الحيلة في إثبات الرضائية . قالوا : يدعى عند القاضي بوكالة معلقة بدخول رمضان يقضى دين فيقر الخصم بالدين وينكر دخول رمضان فيشهد الشهود بذلك فيقضى بالمال فيثبت مجيء رمضان ، لأن إثبات مجيء رمضان لا يدخل تحت الحكم . ذكره أيضا في شهادات الخلاصة . واتفق الكل على اشتراط الحرية والبلوغ والعقل والإسلام : يعني في الشهادة على المسلم ، وإلا فالذي يجوز أن يشهد على مثله عندنا (قوله قال أبو حنيفة) يعني لما اتفق الأئمة الأربعة على وجوب العدالة . قال أبو حنيفة يقتصر الحاكم على

المدعى الشهود فلا يتخلو إما أن يطعن الخصم أولا ، فإن كان الثاني قال أبو حنيفة رحمه الله : يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في السلم ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم لقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محمودا في قذف » وروى مثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ، ولأن الظاهر هو الاتزاجار عما هو محرم في دينه وبالظاهر كفاية . فإن قيل : الظاهر يكفى للدفع للاستحقاق ، وهاتنا ثبت للمدعى استحقاق المدعى به بإقامة البينة . فالجواب ما أشار إليه بقوله إذ لا وصول إلى القطع ، ويانه أنه لو لم يكف بالظاهر لاحتج إلى التزكية وقبول قول المزكى في التعديل أيضا عمل بالظاهر لما أن الظاهر أن قول المزكى صدق فالكلام فيه كالأول وهلم جرا ، ويدور أو يتسلسل . ويجوز أن يقال : بالظاهر هاتنا اعتبر للرفع للاستحقاق ، وبين ذلك أن دعوى المدعى وإنكار الخصم تعارضا ، وشهادة الشهود وبرائة اللفة كذلك ، وبظاهر العدالة اندفع معارضة اللفة فكان دافعا (قوله إلا في الحدود والقصاص) استثناء من قوله ولا يسأل عن الشهود حتى يطعن الخصم ، إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عن الشهود لأنه يحتمل إسقاطها فيشترط الاستقصاء فيها ، ولأن الشبهة فيها دارة فيسأل عنها

(قوله إذ لا وصول إلى القطع) أقول : يمكن الوصول إلى القطع بالتأثر ، فالأول أن يقال : يكفى بالظاهر للاستحقاق إذا لم يكن ثمة منازع ، كالشخص يستحق اللفة بظاهر يده إذا لم يكن له منازع ، وهنا كذلك إذ الكلام فيها إذا لم يطعن الخصم في الشهود . (قوله ويانه أنه لو لم يكف) أقول : والأظهر أن بين عدم إمكان الوصول إلى القطع لو زكى ، فإن المزكى يغير عن عدله متمسكا بظاهر حاله ، لأن أنفى ما يستدل به على عدله أنزاجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهي دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية إذ لا يندب استأصال إفساد الاعتقاد مثلا فنأمل (قوله فالجواب ما أشارنا إليه بقوله) أقول : الظاهر أن يقال ما أشارنا إليه بقوله (قوله ويدور أو يتسلسل) أقول : مع أن المطلوب حاصل (قوله وبظاهر العدالة اندفع) أقول : فيه بحث (قوله استثناء من قوله ولا يسأل) أقول : بل من قوله يقتصر الحاكم (قوله ولأن الشبهة فيها دارة) أقول : فيه بحث ، فإن وجه السؤال إذا كانت الشبهة دارة فيها ليس إلا لأنه يحتمل إسقاطها فتندرج هذا التحليل في التحليل الأول فوجه عده تعليلا مستقلا ، فلو أسقط الراوي من الراي وجعل هذا الكلام من تمة التحليل الأول لكان أولى .

سأل عنهم لأنه تقابل الظاهران فيسأل طلبا للترجيح (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في سائر الحقوق) لأن القضاء مبناه على الحججة وهي شهادة العلول فيتعرف عن العدالة ، وفيه صون قضائه عن البطلان . وقيل هذا اختلاف عصر وزمان

ظاهر عدالة المسلم لأن كل مسلم ظاهر حاله من التزام الإسلام التزام الاجتناب عن محظوراته فيقبل كل مسلم بناء على أنه عدل . وقال صلى الله عليه وسلم « المسلمون علول بعضهم على بعض إلا مخلودا في قذف » رواه ابن أبي شيبة في مصنفه من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ومثل ذلك عن عمر رضى الله عنه . قال في كتابه الذي كتبه لأبي موسى الأشعري وقدمنا بعضه وفيه « المسلمون علول بعضهم على بعض إلا مخلودا في قذف ، أو مجربا في شهادة زور ، أو ظنينا في ولاء أو قرابة » رواه الدارقطني من طريق فيه عبد الله بن أبي حميد وهو ضعيف . ومن طريق آخر حسنة ، وأخرجه البيهقي من طريق آخر غير الطريقين جيدة ، وإذا كان الثابت ظاهرا هي العدالة اكتفى بها ، إذ القطع لا يحصل ولومع الاستقصاء . نعم ترداد قوة الظن ولا موجب لطلب الزيادة إلا بدليل ولم يوجد ، ولهذا لم يكن السلف يسألون قبل . وأول من سأل ابن شبرمة ، بخلاف الحدود والقصاص لأنه وجد فيها دليل طلب الزيادة فيسأل على ماعرف احتيالا للدرء ، إذ ربما يعجز عن الزكية فيندري الحد وهو مطلوب . وأورد أن الظاهر إنما يكفي للدفع والشهادة توجب الاستحقاق . وأجيب بأن الظاهر في الشهادة كالمقطع لما لم يمكن الوصول إلى القطع ولا بالزكية . والحق أن الظاهر يوجب الاستحقاق ، والمراد بالظاهر الذي لا يثبت به الاستحقاق هو الاستصحاب . وأما إذا طعن الخصم فقد تقابل ظاهران فيسأل . وقال أبو يوسف ومحمد : لا بد أن يسأل عنهم طعن الخصم أو لم يطعن في سائر الحقوق في السر والعلانية ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك من كان مشهورا بالعدالة لا يسأل عنه ، ومن عرف جرحه ردت شهادته ، وإنما يسأل إذا شك . وإنما قلنا لا بد من السؤال مطلقا لأن القضاء يبنى على الحججة وهي شهادة العلول فلا بد أن يثبت عنده العدالة وذلك بذلك ، ولا يفتي قوة دليل أبي حنيفة على ذلك . وكونه لا بد أن يثبت العدالة لم يخالف فيه أبو حنيفة ، ولكن يقول : طريق الثبوت هو البناء على ظاهر عدالة المسلم خصوصا مع ما روينا عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة والسلف ومع ذلك الفتوى على قولهما لاختلاف حال الزمان ، ولذلك قالوا : هذا الخلاف خلاف زمان لاحجة وبرهان ، وذلك لأن الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما . وما قيل بأنه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود لم بالصالح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال « خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم » وهما

عسى يطالع على ما يسطر به ذلك ، وإن كان الأول يسأل عنهم بالاتفاق ، لأن ظاهر حال المسلم في الشهود معارض بحال الخصم إذا طعن فيهم ، فإن الظاهر أن المسلم لا يكتلب بالطعن على مسلم لأجل حطام الدنيا فيحتاج القاضي حينئذ إلى الترجيح . وقال أبو يوسف ومحمد : لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية في جميع الحقوق ، لأن مبنى القضاء على الحججة وهي شهادة العلول فلا بد من التعرف عن العدالة ، وفي السؤال صون القضاء عن البطلان على تقدير ظهور الشهود عبيدا أو كفارا (وقيل هذا) الاختلاف (اختلاف عصر وزمان) لأن أباحنيفة أجاب في زمانه وكان الغالب منهم عدولا . وهما أجابا في زمانهما وقد تغير الناس وكثر الفساد ، ولو شاهد ذلك أبو حنيفة

(قال المصنف : لا بد أن يسأل عنهم في السر والعلانية) أقول : لعل الراي يعني أومنع الخلق فترفع مخالفة التي تضمنها الكلام فأصل .

والفتوى على قولهما في هذا الزمان . قال (ثم التزكية في السرّ أن يبعث المستورة إلى المعدل فيها النسب والحلي والمصلي ويردّها المعدل) كل ذلك في السرّ كيلا يظهر فيخضع أو يقصد (وقى العلانية لأبد أن يجمع بين المعدل والشاهد) لتنتفي شبهة تعديل غيره ، وقد كانت العلانية وحدها في المصدر الأول ، ووقع الاكتفاء بالسرّ في زماننا محمّزا عن الفتنة .

أفتيا في القرن الرابع ففيه نظر . فإن أبا حنيفة رحمه الله توفى في عام خمسين ومائة فكيف أفتى في القرن الثالث . وقوله خير القرون الخ إثبات الحرية بالتدرّج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق ، والظاهر الذي ثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي ثبت بظاهر حال الإسلام . وتحقيقه أنه لما قطعنا بنقله الفسق فقد قطعنا بأن أكثر من التزم الإسلام لم يحنث بحارمه فلم يبق مجرد التزم الإسلام مظنة العدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب بلا معارض .

[فرع] لو تاب القاصق لاقبل شهادته ما لم تخض ستة أشهر . وقال بعضهم سنة ، ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد . تقبل من غير مدة (قوله ثم التزكية في السرّ أن يبعث المستورة) وهي الورقة التي يكتب فيها القاضي أسماء الشهود ونسبهم وحلامهم والمصلي : أي مسجد محلهم ، وينبغي أن لا يختار إلا معدّلا صالحا زاهدا كي لا يندفع بالمال مأمونا أعظم من يعرفه في هذه الأوصاف فيكتب إليه ثم هو يسأل عنهم أهل علمهم وسوقهم ومن يعرفهم ، ويكون المزكي صاحب خبرة بالناس مدخلا لم لا مزويا عنهم ، فإن هذا الأمر لا يعرف إلا بالخاطلة والمداخلة ، فإن لم يجد إلا أهل مجلسه يسألهم عنه ، فإن وجدهم غير ثقات يعتبر تواتر الأخبار . وعن ابن سبابة عن أبي حنيفة : يجوز في تزكية السرّ المرأة والعبد والمحدود إذا كانوا عدولا ، ولا يجوز في تزكية العلانية إلا من

لقال بقولهما . ولهذا قال (والفتوى على قولهما في هذا الزمان) قال (ثم التزكية في السرّ الخ) اعلم أن التزكية على نوعين تزكية في السرّ وتزكية في العلانية . فالأولى (أن يبعث القاضي المستورة) وهي الرقعة التي يكتبها القاضي ويعيها سراّ بيد أمينه إلى المزكي . يت بها لأنها تسر عن نظر العوام (إلى المعدل) مكتوبا (فيها النسب والحلي) بضم الحاء وكسرهما جمع حلية الإنسان صفته وما يرى منه من لين وغيره (والمصلي) أي مسجد المحلة حتى يعرفه المعدل ، وينبغي أن يبعث إلى من كان عدلا يمكن الاعتماد على قوله وصاحب خبرة بالناس بالاختلاط بهم يعرف جيرانه وأهل سوقه ، فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي إليه عدل جائز الشهادة ، ومن عرفه بالفسق لا يكتب شيئا احترازا عن الخطئ . أو يقول : الله يعلم إلا إذا عدله غيره وخاف أنه لو لم يصرح بذلك يقضى القاضي بشهادته فحينئذ يصرح بذلك ، ومن لم يعرفه بعدالة أو فسق يكتب تحت اسمه مستور ويردّها المعدل إلى الحاكم وينبغي أن يكون كل ذلك سراكي لا يظهر فيخضع أو يقصد الخداع . والثانية أن يجمع الحاكم بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا الذي عدلته يشير إلى الشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره ، فإن الشخصين قد يتفقان في الاسم والنسبة ؛ وقد كانت التزكية بالعلانية وحدها في عهد الصحابة رضي الله عنهم لأن القوم كانوا صلحاء والمعدل ما كان يتوقى عن الجرح لعدم مقاباتهم الجارح بالأذى (ووقع الاكتفاء بالسرّ في زماننا) لأن العلانية

(قال المصنف : ثم التزكية في السرّ أن يبعث الخ) أقول : فيه تلميح ، فإله ليس تزكية بل التزكية فعل المزكي لكن المراد معلوم (قوله كي لا يظهر فيخضع) أقول : بالزورة (قوله أو يقصد الخداع) أقول : الصواب أو يقصد بالأذى على تقدير الجرح .

ويروى عن محمد رحمه الله : تركية العلانية بلاء وفتنة . ثم قيل : لا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدل ، وقيل يكفى بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهذا أصح . قال (وفي قول من رأى أن يسأل عن الشهود لم يقبل قول الخصم إنه عدل) معناه قول المدعى عليه وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تركيته ، لكن عند محمد يضم تركية الآخر إلى تركيته لأن العدد عنده شرط . ووجه الظاهر أن في زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلا ، وموضوع المسئلة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا ، أما إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق .

يجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها إلا لفظة الشهادة فقط ، لأن تركية السر من الإخبار بالأمر الدينية ، وكل من هؤلاء يقبل خبره في الأمر الديني إذا كان عدلا كما تقبل روايته للأخبار ، فإذا قال المشول عنه هو عدل كتب الزكي هو عدل مرضى مقبول جائز الشهادة ، وإلا يكتب هو غير عدل . وفي فتاوى قاضيخان : إن عرف فسقه لا يكتب تحت اسمه ذلك بل يسكت احترازا عن المنك . أو يقول الله أعلم ، إلا إذا خاف أن يقضى القاضي بشهادته فيصرح حينئذ بذلك ، ومن لا يعرفه لا بعدالة ولا يفسق يكتب مستور ثم يرد المستورة مع أمين القاضي إليه كل ذلك في السر كي لا يظهر الأمر فيخضع المزكي أو يقصد بالأذى . وأما العلانية فلا بد أن يجمع بين الشاهد والمعدل لتتنفي شبهة تعديل المعدل لغیر هذا الشاهد المشول عنه القاضي إذ قد يتفق اسم وشبهة وصفة لأثنين ، وقد كانت العلانية وحدها في المصدر الأول لأنهم كان يغلب عليهم الصبر للحق ، ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا

بلاء وفتنة لمقابلتهم الجارح بالأذى (يروى عن محمد أنه قال : تركية العلانية بلاء وفتنة . ثم قيل : لا بد للمعدل أن يقول هو عدل جائز الشهادة لأن العبد قد يعدل ، وقيل يكفى بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار) قال المصنف (وهذا أصح) لأن في زماننا كل من نشأ في دار الإسلام كان الظاهر من حاله الحرية ولهذا لا يسأل القاضي عن إسلامه وحرية وإنما يسأل عن عدلته . قال أبو حنيفة رحمه الله على طريقة قوله في المزارعة من التخريج على قول من يقول بالسؤال إذا سأل لم يقبل قول المدعى عليه هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا ، ويقبل إذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة لأنه اعترف بالحق (وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز تركيته لكن عند محمد يضم تركية آخر إلى تركيته لأن العدد شرط عنده) هذا إذا كان عدلا يصلح مزكيا ، فإن كان فاسقا أو مستورا وسكت عن جواب المدعى ولم يحجده فلما شهدوا عليه قال هم عدول لا يصلح هذا التعديل لأن العدالة شرط في المزكي عند الكل (ووجه ظاهر الرواية أن في زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلا) لاشتراط العدالة فيه بالاتفاق . ولقائل أن يقول : تعديل الخصم إقرار منه بثبوت الحق عليه فكان مقبولا لأن العدالة ليست بشرط في المقر بالاتفاق . والجواب أن المصنف قال (وموضوع المسئلة إذا قال هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا) ومثله ليس بإقرار بالحق ، وفيه نظر لأن هذا الكلام مشتمل على

(قال المصنف : وهذا أصح) أقول : أظهر أن يعمل بالقبيل الأول في ديارنا (قوله على قول من يقول بالسؤال إذا سأل) أقول : يعني إذا سأل القاضي (قال المصنف : ووجه الظاهر أن في زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره) أقول : قال العلامة علاء الدين الأسود في شرح الجامع الصغير : وهذا كله إذا جحد الخصم ، فلما إذا كان ساكتا وهو من يجوز أن يرجع إليه في تعديل الشهود فتعديله صحيح ، وكان كافيا عند أبي يوسف ، وعند محمد يضم إلى ذلك آخر حتى يتم التعديل انتهى . وفيهم ذلك من إشارة الهداية أيضا (قال المصنف : وموضوع المسئلة إذا قال أنهم عدول الخ) أقول : المقصود من التعديل هو حصول علم القاضي بعدالة الشاهد ، فإذا كان المدعى عليه عدلا يعرفه القاضي بالعدالة يبنى أن يقبل لتعديله ، إلا أن يقال : شهادة الشهود تتضمن جرحه .

(وإذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد ، رحمه الله : لا يجوز إلا اثنان ، والمراد منه المزدكى . وعلى هذا الخلاف رسول القاضى إلى المزدكى والمرجم عن الشاهد له أن التزكية في معنى الشهادة لأن ولاية القضاء تنبئ على ظهور العلة وهو بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العلة فيه ، وتشترط الذكورة في المزدكى والحدود والقصاص . ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء ، واشترط العدد أمر حكى في الشهادة فلا يعتد بها ،

لغلبة النفوس فيه فيوجب الفتنة . وقد روى عن محمد أنه قال : تزكية العلانية بلاء وفتنة ، ثم قيل : لا بد أن يقول المعدل هو عدل جازر الشهادة لأن العبد قد يكون عدلا وهو غير جازر الشهادة . وقيل يكفى بقوله هو عدل لأن الحرية ثابتة بالدار وهو من أهلها فلا تلزم تلك الزيادة ، وهذا أصح لما ذكرنا من أن الظاهر الحرية نظرا إلى الدار فيكفى به ما لم يطعن الخصم بالرق . ثم قال أبو حنيفة رحمه الله تفريعا على قول محمد من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم : يعنى المدعى عليه إذا قال في شهود المدعى هم عدول فلا تقع به التزكية لأن في زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب في إنكاره مبطل في إصراره فلا يصلح معدلا لأن العلة شرط في المزدكى بالإجماع ، وعن أبي يوسف ومحمد ، يجوز قوله ذلك تعديد ، لكن عند محمد يضم تزكية آخر إلى تزكيته أى تزكية الخصم لأن العدد عند محمد في المزدكى شرط . وموضوع المسئلة أن يقول هم عدول إلا أنهم أخطأوا أو نسوا . أما لو قال صدقوا أوهم عدول صدقة أو معنى هذا فقد اعترف بالحق وانقطع النزاع . وعن محمد فيها إذا قال هم عدول فاقاضى يسأل المدعى عليه أشهدوا عليك بحق أم باطل ، فإن قال بحق فهو إقرار ، وإن قال بغير حق لا يقضى بشئ .

[فرع] إذا شهد عدل ثم شهد لاستعمل إلا إذا طال ، فوقت محمد شهرا وأبو يوسف ستة ثم رجع وقال ستة أشهر (قوله وإذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل ، ولهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز إلا اثنان ، والمراد) من رسول القاضى (المزدكى) وهو المسئول منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذى يسأل عن الشهود بالبناء للمفعول . والحاصل أنه يكفى في التزكية الواحد ، وكذا الرسالة إليه والرسالة منه إلى القاضى . وكذا في الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وبه قال مالك وأحمد في رواية . وعند محمد لا بد من اثنين ، وبه قال الشافعى وأحمد في رواية لمحمد أن التزكية في معنى الشهادة ، لأن ولاية القاضى تنبئ على ظهور العلة وهى بالتزكية فتوقفت عليها كما توقفت عليها فيشترط فيه

الإقرار وغيره فيصدق في الإقرار على نفسه ويرد الغير للهمة . والجواب أنه لا إقرار فيه بالنسبة إلى ما عليه لأنه نسبهم في ذلك إلى الخطأ والنسيان فأتى يكون إقرارا . قال (وإذا كان رسول القاضى الذى يسأل عن الشهود) بلفظ المبني للمفعول (واحدا جاز والاثنان أفضل عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد : لا يجوز إلا اثنان) ذكر في شرح الجامع الصغير أن المراد بالرسول هاهنا هو المزدكى ، ولا شك في ذلك إذا كان الفعل مبنيا للمفعول . (وعلى هذا الخلاف رسول القاضى إلى المزدكى) ورسول المزدكى إلى القاضى (والمرجم عن الشاهد . لمحمد رحمه الله أن التزكية في معنى الشهادة لأن ولاية القضاء تنبئ على ظهور العلة والعدالة بالتزكية) فولاية القضاء تنبئ على ظهور التزكية ، وإذا كانت في معناها (يشترط فيها شرائطها من العدد وغيره كما اشترط العلة ويشترط الذكورة فيه في الحدود) والأربعة في تزكية شهود الزنا (ولهما أنه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ومجلس القضاء) فلا يشترط فيه ما اشترط فيها ، سلمنا ذلك لكن اشترط العدد في الشهادة أمر حكى

(ولا يشترط أهلية الشهادة في المزكى في تركية السر) حتى صلح العبد مزكياً ، فأما في تركية العلانية فهو شرط ، وكذا العدد بالإجماع على ما قاله الخصاص رحمه الله لا اختصاصاً بمجلس القضاء . قالوا : يشترط الأربعة في تركية شهود الزنا عند محمد رحمه الله .

(فصل)

العدد كما يشترط العدالة ، ولذا اشترطت الذكورة في المزكى في الحدود كما اشترطت في الشهادة عليها . ولما أنه ليس في معنى الشهادة والوقوف لا يستلزم اشتراك كل ما توقف عليه في كل حكم : بل ما كان في معنى الشهادة التي بها ثبوت الحق يكون مثلها وما لا فلا يازم : والتركبة لا يستند إليها ثبوت الحق بل إلى الشهادة ، فكانت التركبة شرطاً لا علة ، ولهذا وقع التفرقة بينها وبين الشهادة بالإجماع في عدم اشتراط لفظ الشهادة في التركبة فلا يازم من اشتراط العدد في الشهادة اشتراطها في التركبة ، على أن التعدية تكون بجامع يعلم باعتباره . واشتراط العدد في الشهادة أمر محكم في الشهادة يعني تعبدى . وفي المبسوط : هو بخلاف القياس . وهذا زيادة على كونه تعديداً إذ في القياس يكفي الواحد العدل لأن خبره موجب للعمل لا علم اليقين ، وكما لا يثبت العلم بنجر الواحد لا يثبت بنجر الاثنين فلا يتعداها : أى لا يعتد بالشهادة إلى التركبة ، وهذا الخلاف في تركية السر ، فأما تركية العلانية فيشترط العدد بالإجماع على ما ذكره الخصاص ، مع أن الوجه المذكور يجري فيه ، وقدمنا أنه زيادة شبهها بالشهادة من حيث اشتراط مجلس القضاء لها اتفاقاً ، ولما ظهر من محمداً اعتبار التركبة بالشهادة في حق العدد : قال المشايخ : فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين في شهود الزنا ، والله أعلم :

(فصل يتعلق بكيفية الأداء ومسوغه)

ثبت بالنص على خلاف القياس ، لأن القياس لا يقتضى ذلك لبقاء احتمال الكذب فيها لأن انقطاعه إنما يكون بالتواتر ورجحان الصديق إنما هو بالعدالة لا العدد كما في رواية الإخبار فلم يثبت بالعدد المشروط لا العلم ولا العمل لكن تركنا ذلك بالنصوص الدالة على العدد فلا يتعداها إلى التركبة . فإن قيل : فتلحق بها بالدلالة وهوافة القياس ليست بشرط فيها . فالجواب أنه إنما ألحق لو كان في معناه من كل وجه وليس كذلك بالاتفاق فتعذر الإلحاق والتعدية جميعاً (قال : ولا يشترط أهلية الشهادة الخ) تركية السر لا يشترط في المزكى فيها أهلية الشهادة فصلح العبد مزكياً لولاه وغيره والوالد لولده وعكسه) فأما تركية العلانية فهي شرط ، وكذلك العدد بالإجماع على ما قاله الخصاص) وفيه بحث لأن اشتراط العدد في تركية العلانية ينافي عدم اشتراط ذلك في تركية السر لأن المزكى في السر هو المزكى في العلانية . والجواب أن الخصاص شرط أن يكون المزكى في السر غير المزكى في العلانية فيجوز أن يكون العدد شرطاً في أحدهما دون الآخر ، وإليه أشار بقوله على ما قاله الخصاص . قال في الخلاصة : شرط الخصاص أن يكون المزكى في العلانية غير المزكى في السر ، أما عندنا فالنزي يزكهم في السر يزكهم في العلانية .

(فصل)

(قال المصنف : وكذا العدد بالإجماع) أقول : إذا كان المستند هو الإجماع لا يرد شيء ما يخرج بالأوامر .

(فصل : فيما يتحملها الشاهد)

وما يتحمله الشاهد على ضربين : أحدهما ما ثبتت حكمة بنفسه مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم ، فإذا سمع ذلك الشاهد أوره وسعه أن يشهد به وإن لم يشهد عليه (لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في إطلاق الأداء ، قال الله تعالى - إلا من شهد بالحق وهم يعلمون - وقال النبي عليه الصلاة والسلام - إذا علمت مثل الشمس فاشهد ولا فدية) قال (ويقول أشهد أنه باع ولا يقول أشهدني) لأنه كذب ، ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له أن يشهد ، ولو فسر للقاضي إلا يقبله لأن النعمة تشبه النعمة فلم يحصل العلم إلا

(قوله وما يتحمله الشاهد على قسمين : أحدهما ما ثبتت حكمة بنفسه) أي يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولاً كان مثل البيع والطلاق والإقرار وحكم الحاكم . أو فعلاً كالغصب والقتل . فإذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضياً يشهد جماعة مآ على حكمة أو رأى الفعل كالقتل والغصب وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع

لما فرغ من ذكر مراتب الشهادة شرع في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد . وهو على نوعين : أحدهما ما يثبت الحكم بنفسه من غير أن يحتاج إلى الإشهاد مثل البيع والإقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم ، فإذا سمع الشاهد ما كان من المسموعات كالبيع والإقرار وحكم الحاكم أو رأى ما كان من المبصرات كالغصب والقتل جاز له أن يشهد به وإن لم يشهد عليه لأنه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الحادثة بما يوجبه . وكل من علم ذلك جاز له الأداء بوجود ما هو الركن في جواز الأداء ، قال الله تعالى - إلا من شهد بالحق وهم يعلمون - وقال صلى الله عليه وسلم - إذا علمت مثل الشمس فاشهد ولا فدية ، قيل جعل العلم بالموجب ركناً في الأداء بخلاف النصيب جميعاً فإنها يدلان على شرطية لا على ركنية ، إذ الأحوال شروط وإذا موضوعة للشرط . وأجيب بأنه مجاز عن الشرط ، وإنما عبر عنه بذلك إشارة إلى شدة احتياج الأداء إليه . قال (ويقول أشهد أنه باع الخ) إذا سمع المبايع ولم يشهد عليها واحتج إلى الشهادة يقول الشاهد أشهد إنه باع (ولا يقول أشهدني لأنه كذب ولو سمع الإقرار من وراء حجاب) يحجب عن رؤية شخص المقر (لا يجوز أن يشهد ولو فسر للقاضي) بأن قال أشهد بالسماع من وراء الحجاب (لا يقبله ، لأن النعمة) وهو الكلام الخفي (تشبه النعمة) والمشتبه لا يقيد العلم فائضى المطلق للأداء . وقوله (إلا

(قوله في بيان أنواع ما يتحمله الشاهد) أقول : أراد بالجمع معنى الخفي كما لا يخفى (قال المصنف : أحدهما ما يثبت بنفسه) أقول : أي يثبت حكمة كما في القسم المقابل ، ولعل المراد بالحكم هو جواز الشهادة على ما يفهم من تقرير الكلام . قال صاحب النهاية في شرح قوله ما يثبت بنفسه : أي مالا يحتاج إلى الإشهاد ، بل يجوز للشاهد أن يشهد بلا إشهاد ، بخلاف الشهادة على الشهادة انتهى . قال القاضى الشيرازى بمحضه : كذا في النهاية وليس كما يظن ، بل معنى إثبات الحكم بنفسه أنه يثبت ما وضع الشارع له . وحكمه يقترب عليه بنفسه من غير أن يحتاج إلى غيره من قضاء قاض كالبيع فإنه يثبت حكمة : أي ذلك بنفسه ، وكذا الإقرار يفيد ظهور المقر به بنفسه ، وكذا الغصب يثبت وجوب رد العين أو القيمة بنفسه . وعلى هذا الخلاف الشهادة إذا تحملها الشاهد فإنها لا تثبت الحكم بنفسها بل إذا فقه إلى مجلس القضاء وحكم القاضي بها ولمعنى إن هذا من الظهور بحيث لا يخفى أن معنى كل من له أدنى مسكة فضلاً عن هؤلاء الأعلام انتهى . وقيل مناه أن حكم البيع ثبوت الملك للمشتري في المبيع وفي إثني البائع ثبت بنفسه العقد ، وكذا في فظائره ، أما الشهادة فما لا يثبت حكمة بنفسه بل بقضاء القاضي ، هذا والظاهر ما في النهاية لما أن الذي يتحمله الشاهد هو الشهادة بناء على الكلام التنسي لا المشهود به ، ولأن تقرير الكلام يشهد له كما لا يخفى (قال المصنف : مثل البيع) أقول : الظاهر أن المضاف محض في مثل شهادة الخ على ما هو المناسب لقوله مثل الشهادة على الشهادة أو ذلك مؤول : أي مثل ما يتحمل فيها (قوله كالبيع الخ) أقول : إذا كان بالمعقد (قوله كالغصب) أقول : وكالبيع إذا كان بالصالحى (قوله بما يوجبه) أقول : متعلق بعلم (قال المصنف : قال الله تعالى - إلا من شهد بالحق وهم يعلمون -) أقول : وأنت خير بأن العلم هنا ، وفي الحديث غير مقيد بالتعلق لما هو موجب بنفسه فلا بد من التقييد من دليل تناول (قوله قيل جعل العلم بالموجب ركناً في الأداء) أقول : بل هو ركن في إطلاق الأداء : أي في تجويز الأداء . (قوله وإذا موضوعة للشرط) أقول : إن أراد أنها موضوعة للشرط المطلق عليه في عرف الفقهاء فلم ،

إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس في البيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه له أن يشهد لأنه حصل العلم في هذه الصورة (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة ، فإذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجوز له أن يشهد على شهادته

أشهد أنه قضى ، فلو كان البيع بيع معاظاة ففي الذخيرة يشهدون على الأخذ والإعطاء . وقيل يشهدون على البيع كالمقول . ولا يقول أشهدني لأنه كاتب ، وإنما جاز الأداء بلا إشهاد لأنه علم الموجب بنفسه ، وهو أى علم الموجب الركن المسوغ لأداء الشهادة لأنه لاحقيقة مسوغ الأداء سواه : وقوله في إطلاق بمعنى مطلق الأداء . واستدل على تسويغ الشرع للأداء في ذلك بقوله تعالى - إلا من شهد بالحق وهم يعلمون - فأفاد أن من شهد عالما بحق كان ممدوحا فإزم أن ذلك مطلق شرعا وإلا لم يكن ممدوحا . وقال عليه الصلاة والسلام - إذا عدت مثل الشمس فاشهد - فأمر بالشهادة عند العلم يقينا ، فمن هذا صرحوا بأنه لو قال له لا تشهد علي بما سمعته مني ثم قال يحضرته لرجل بقى لك علي كذا وغير ذلك حل له ، بل يجب أن يشهد عليه بذلك . وفي الخلاصة : اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبت فباعه من رجل فدعى المشتري الثاني عليه هذا العيب فأفكر ، فالذين سمعوا منه حل لم أن يشهدوا على العيب في الحال . والحديث رواه الحاكم في المستدرک والبيهقي في المعرفة من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الشهادة فقال : هل ترى الشمس ؟ قال نعم ، قال : على مثلها فاشهد أودع صححه الحاكم . وتعقبه الأذهبي بأن محمد بن سايان بن مشوم ضمه غير واحد انتهى . والمعلوم أن النسائي ضعه ، ووافقه ابن عدى ، وفي العبارة المذكورة ما يفيد أنه مختلف فيه . ولو سمع من وراء حجاب كثيف لا يشف من ورائه لا يجوز له أن يشهد ، ولو شهد وفسره للقاضي بأن قال سمعته باع ولم أر شخصه حين تكلم لا يقبله لأن النعمة تشبه النعمة إلا إذا أساط يعلم ذلك لأن المسوغ هو العلم غير أن رويته متكلما بالاعتد طريق العلم به فإذا فرض تحقق طريق آخر جاز ، وذلك بأن يكون دخل البيت قرأه فيه وعلم أنه ليس به أحد غيره ولا منفذ غير الباب وهو قد جلس عليه وسمع الإقرار أو البيع فإنه حيث لا يجوز له الشهادة عليه بما سمع لأنه حصل به العلم في هذه الصورة . ونحوه ما في الأقضية : ادعى على ورثة مالا فقالوا نشهد أن فلانا المتوفى قبض من المدعى صرة فيها درهم

إذا كان استثناء من قوله لا يجوز له أن يشهد إلا إذا كان دخل البيت وعلم أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع إقرار الداخل ولا يراه وشهد عنده اثنان بأنها فلانة بنت فلان جاز له أن يشهد حيث لا إذا رأى شخص المقر حال الإقرار لوقه الحجاب ، وليست رؤية الوجه شرطا ذكره في الذخيرة لأنه حصل العلم في هذه الصورة . قال (ومنه مالا يثبت الحكم فيه بنفسه الخ) النوع الثاني من الشهادة ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه (مثل الشهادة على الشهادة فإنها لا يثبت بها الحكم مالم يشهد ، فإذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجوز له أن يشهد على شهادته

والسند ظاهرا ، وإن أراد أنها موهوبة للشرط النسوي فلم ولا يفيد لأنه يدخل على ما ليس بشرط كقوله تعالى - إذا قمتم إلى الصلاة - فإن القيام إليها سبب الطهارة لا شرط كما صرح به في الأصول (قوله وشهد عنه اثنان) أقول : الظاهر أن يقال أو شهد ، فإن في الصورة الأولى تمس الحاجة إلى الشهادة إذا علم أن الكائن في داخل البيت هو (قال المصنف : فإذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجوز له أن يشهد الخ) أقول : عليه العلامة النسفي في الكافي بقوله لأنه تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته في تنفيذه قوله على المشهود عليه ، وإزالة الولاية الثانية لغير ضرر عليه فلا بد من الإنابة والتجديد منه انتهى . ولأمر ما ترك دليل صاحب الهداية إلى هذا فليتأمل في أنه هل يمكن لإرجاع ما في الهداية إلى ما ذكره صاحب الكافي بأن يحمل دليلا على صحة تفريع قوله فلا بد من الإنابة والتجديد على ما فرغ عليه كما يفهم من الشروح .

إلا أن يشهد عليها) لأن الشهادة غير موجهة بنفسها ، وإنما تصير موجهة بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإثابة والتحصيل ولم يوجد (وكذا لو سمعه يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع أن يشهد) لأنه ماحله وإنما

ولم يعلمكم وزنها لأن فهمها قدرها وأنها دراهم وأن كلها جيدة بما يقع عليه يقينها بذلك فإذا شهدا به بجاز . وفي الفتاوى : إذا أقرت المرأة من وراء حجاب لا يجوز لمن سمع أن يشهد على إقرارها إلا إذا رأى شخصها فيمثل يجوز . أجل في هذه المسئلة ووضعها في الخلاصة وغيرها هكذا الشهادة على امرأة لا يعرفها سأل ابن محمد بن الحسن أبنا سليمان عنها قال : لا يجوز حتى يشهد جماعة أنها فلانة أما عند أبي يوسف وأبيك فيجوز إذا شهد عنده عدلان أنها فلانة . ودل يشترط رؤية وجهها؟ اختلف المشايخ فيه ، منهم من لم يشترط وإليه مال الإمام خواري زاده . وفي النوازل قال : يشترط رؤية شخصها . وفي الجامع الأصغر : يشترط رؤية وجهها . وأنت تعلم أنه لا بد من معرفة تنفيذ التمييز عند الأداء عليها ، فإذا ثبت أن التعريف يفيد التمييز ازم أن لاحاجة إلى رؤية وجهها ولا شخصها كما اختاره شيخ الإسلام جواهر زاده ، إلا إذا لم يوجد من يعرفها ، وإذا وجد حينئذ يجري الخلاف المذكور أنه يكفي في المعرفة عدلان أو لا بد من جماعة ، ويوافقه مافي المتني : تحمل الشاهد الشهادة على امرأة فانت فشهدا عنده أن المقررة فلانة بجاز له أن يشهد عليها ، نقله في الخلاصة . وفي المحيط : شهدا على امرأة سمياها ونسباها وكانت

لأن الشهادة (أى شهادة الأصول) موجهة بالنقل إلى مجلس القضاء ولا يكون النقل إلا بالإثابة والتحصيل . والأول إشارة إلى مذهب محمد رحمه الله فإنه يقول بطريق التوكيل ولا توكيل إلا بأمر الموكل ، والثاني إشارة إلى مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فإنهما لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحصيل . قال الإمام فخر الإسلام : أما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف فإن الحكم يضاف إلى القروع ، لكن يحملهم إنما يصح ببيان ما هو حجة ، والشهادة في غير مجلس القاضى ليست يحجب فيجب النقل إلى مجلس القاضى . ليصير حجة قيتين أن التحصيل حصل بما هو حجة فلما لم يكن بد من النقل لم يكن بد من التحصيل ، وفيه مطالبة لأنا سلمنا أن النقل لا بد منه ، ولكن توقفه على التحصيل يحتاج إلى بيان ، فلو سلكتنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحصيل ، لأنا لا نلغى بها إلا ذلك ، ولا تحصيل فيها لا يشهد ثم البيان ، وعلى هذا إذا سمعه يشهد الشاهد على شهادته

(قال المصنف : وإنما تصير موجهة بالنقل إلى مجلس القاضى) أقول : قال الأزملي وساحب النهاية : ولهذا تعتبر عدالة الأصول انتهى . وقال ابن العلم : وهذا الإطلاق يقتضى أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضى حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة انتهى . وفيه تأمل سيحى . في العناية بقباب الشهادة على الشهادتين نقلان للقوات القاطنين ، وقد صدرت في هذا الدليل أن القروع لا يسهل الشهادة على الشهادة وإن كان الأصل شهد بالحق عنه القاضى في مجلسه انتهى . وفي كلائف الإشارات : ولا يشهد على شهادة غيره إلا لأنه لا نقل فلا بد من التحصيل صحت صح لو سمعه يشهد . بمجلس الحكم (قوله لم يجعلاه بطريق التوكيل بل بطريق التحصيل) أقول : ولهذا لو سمع من الشهادة بعد إظهاره لا يصح تيمم ويجوز له أن يشهد (قوله لكن يحملهم إنما يصح ببيان ما هو حجة) أقول : إذا فافقت به حمل . ألا يصير حجة ، ثم المراد من قوله ما هو حجة كونه حجة في المال (قوله والشهادة على قوله بما هو حجة) أقول : إذ لا علم لم قبل النقل بكونها حجة ، فمثل القاضى لا يشهد الأمر لا يحيط به علم الشاهد . ولكن توقفه على التحصيل يحتاج إلى بيان) أقول : ويمكن أن يبين بأنه إذا لم يكن له تيقن بقبل شهادة الأصول ، وظاهر أن نقلها تصرف على الأصل من حيث زوال ولايته في تنفيذ قوله على المهود عليه وإزالة الولاية ضرر عليه ولا ضرر في الإشهاد فلا بد من التحصيل كما يثبت بالولايات (قوله فلو سلكتنا فيه أن نقول الشهادة على الشهادة تحصيل الخ) أقول : كيف يتعدان والشهادة صفة القروع والتحصيل صفة الأصل ، إلا أن يقال : إنها كالعلم والعلم والإيجاب والوجوب ، وفيه نظر . نعم الإشهاد على الشهادة تحصيل كسائر الإشهادات ، لكن للكلام في احتياج الشهادة إلى الإشهاد (قوله لا نلغى بها إلا ذلك) أقول : يبنى على ما فهمنا ، ثم نقول : فيه بحث ، فإن احتياج الشهادة على الشهادة إلى التحصيل يحتاج إلى البيان ، بل يجوز أن يقال هو أول المسئلة .

حمل غيره ، ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا أن يتذكر الشهادة لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم : قيل هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله .

حاضرة ، فقال القاضي أنصرفا ، فإن قالا لا تقبل شهادتهما ، ولو قالا تحمانها على المساءة بفلانة بنت فلان الفلانية ولا ندرى أنها هذه أم لا أصبحت الشهادة وكلف المدعى أن يأتي بأكثرين يشهدان أنها فلاة بنت فلان ، بخلاف الأول لأنها هناك أقرأ بالجملة بطلت الشهادة ، فهذا ونحوه يزيد مناقناه . ومنه مالا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة ، فإذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجوز أن يشهد على شهادته إلا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه ، لأن الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء فلا بد من الإثابة والتحميل ، وإذا لم سمعه يشهد شاهدا على شهادته لم يسع السامع أن يشهد لأنه ما حله وإنما حل غيره ، وهذا الإطلاق يقتضى أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة .

[فروع] كتب إلى آخر رسالة : من فلان إلى فلان . كتبت تتقاضى الألف التي لك على " وكنت قضيتك منها خمسمائة وبقى على " خمسمائة ، أوكتب إلى زوجته : قد بلغني كتابك تسألني الطلاق فأنت طالق طالقت ساعة كتب ، وينبغي لمن علم ذلك أن يشهد بالمال والطلاق وهي شهادة حق . بخلاف ما أوكتب صلك وصية وقال للشهود اشهدوا على " بما فيه ولم يقرأ عليهم ، قال علماءنا : لا يجوز لهم أن يشهدوا عليه ، وقيل لهم ذلك . والصحيح الأول وإنما يحل لهم أن يشهدوا بما فيه إذا قرأ عليهم أو رآه يكتب وهم يقرءونه أو كتبه غيره ثم قرأه عليه بحضرة الشهود فقال لهم هو اشهدوا على " بما فيه ، ولو قرأه عليه فقال الشاهدان تشهد عليك بما فيه فحرك رأسه بنعم بلا نطق فهو باطل إلا في الآخرين ، ومثله ما إذا دفع إليهم وصية محتومة . وقال هذه وصيتي وخشي فاشهدوا على " بما فيه لا يجوز أن يشهدوا بما فيه . وعن أبي يوسف : إذا كتب بحضرة الشهود وأودعه الشاهد ولم يعرف الشاهد ما فيه وأمره أن يشهد بما فيه وسعه أن يشهد ، لأنه إذا كان في يده كان معصوما من التبديل . واعلم أنه إذا يجوز لهم أن يشهدوا في المسئلة السابقة إذا كان الكتاب على الرسم المعروف بأن كان على ورقة وعنون كما هو العادة في الكتابة إلى الله تعالى . وإذا شهد على ذلك التقدير فقال لهم لم أرد الإقرار والطلاق لا بدنيته القاضي ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . أم لو رآه كتب ذكر حق على نفسه لرجل لا على ذلك الوجه ولم يشهد به لا يحل لهم أن يشهدوا بالدين لجواز كونه لتجربة ، بخلاف الكتابة المرسومة ، وبخلاف خط المسار والصراف لأنه حجة للعرف الجاري به على ما يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب الإقرار (قوله ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه أن يشهد إلا إذا تذكر شهادته) التي صدرت منه فإن لم يتذكر وجزم أنه خطه لا يشهد ، لأن هذا الجزم ليس بجزم بل تخمين الجزم لأن الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم ، حكما ذكره القدوري . ولم يذكر خلافا هو ولا في شرح للأقطع ، وكذا الخصاص ذكرهما في أدب القاضي ولم يحك خلافا . ولما حكى الخلاف الفقيه أبو الليث وغيره كشدس الأئمة قال المصنف : قيل هذا على قول أبي حنيفة ، وعندهما يحل له أن يشهد . وقيل هذا بالاتفاق : يعني عدم جواز

لم يسع له أن يشهد لأنه ما حله وإنما حل غيره . قال (ولا يحل للشاهد إذا رأى خطه الخ) الشاهد إذا رأى خطه في صك ولم يتذكر الحادثة لا يحل له أن يشهد لأن الخط يشبه الخط) والمشتبه لا يفيد العلم كما تقدم (قيل : هذا على قول أبي حنيفة رحمه الله) بناء على أنه لا يعمل بالخط ويشترط الحفظ ، ولهذا قلت روايته لاشتراطه في الرواية

وعندهما يحل له أن يشهد . وقيل هذا بالاتفاق ، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادته في ديوانه أو قضيته ، لأن ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليهم للزيادة والتقصان فحصل له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره . وعلى هذا إذا ذكر المجلس الذي كان فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق به أننا شهدنا نحن وأنت .

الشهادة إذا رأى ولم يتذكر ، وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادة في ديوانه : يعني رأى في ديوانه شهادة شهود أدبت عنده ولم يتصل بها حكم ثم جاء المشهود له وطالب حكم القاضي والقاضي لا يتذكر أنه شهد عنده شهود بذلك لم يجوز له أن يحكم عنده ، وبه قال الشافعي . ورواية عن أحمد وعند أبي يوسف ومحمد إذا وجدته في قمطره تحت خاتمه يجوز أن يقضى به ، وبه قال مالك وأحمد في رواية . وكذا إذا رأى قضيته : أي رأى حكمه مكتوبا في خريطةه وهي القمطره ولم يتذكر أنه حكم فهو على هذا الخلاف ، فظهر أن المصنف حكى الخلاف فيهما واحدا بينهما وبينهما ، وشمس الأئمة في أدب القاضي من المبسوط حكى الخلاف كذلك في وجدان صحيفة الحكم ، وأما في شهادة الشاهد يجدها في صك وعلم أنه خطه ولم يتذكر الحادثة وفي الحديث يجده مكتوبا بخطه ولم يتذكر ووجد سماعه مكتوبا بخط غيره وهو خط معروف فعل خلاف ذلك ، وقد صارت الفصول ثلاثة : وجدان القاضي الشهادة عنده أو حكمه ، ووجدان الشاهد خطه ، والراوى في الحديث . قال محمد : أخذ في الفصول الثلاثة بالرخصة تيسيرا وقال : يعتمد الخط إذا كان معروفا ، وأبو يوسف في مسألة القضاء والرواية أخذ بالرخصة لأن المكتوب كان في يده أو يد أمته . وفي مسألة الشهادة أخذ بالزينة لأنه كان في يد الخصم فلا يأمن الشاهد التغير فلا يعتمد خطه . وحاصل وجه غير أبي حنيفة في صور خلافهم أن وضع الخط ليرجع إليه عند النسيان وإلا فلا فائدة ، وهو يمنع حصر الفائدة في ذلك ، بل صبح أن تكون فائدته أن يتذكر برؤيته عند النسيان إلا أنى أرى أنه إذا كان محفوظا مأمورا عليه من التغير كان يكون تحت ختمه في خريطة المحفوظة عنده أن يرجع للعمل بها ، بخلاف ما إذا كان عند غيره لأن الخط يشبه الخط . ورأينا كثيرا تتحاكى خطوطهم حتى أتى رأيت ببلدة الإسكندرية خط رجل من أهل العلم يعرف بالقاضي بدر الدين النعماني كان رحمه الله قضايا مالكيًا شاعرا أدبيا فصيحًا ، وخط آخر به شاهد يعرف بالخطيب لا يفرق الإنسان بين خطيهما أصلا . ودعاهم بالنون ببلدة بالصعيد : ولقد أخبرني من أتى بصلاحه وخبره أنه شاهد رجلا كان معيدا في الصلاحية بالقدس الشريف وضع رسم شهادته

الحفظ من وقت السماع إلى وقت الأداء (وعندهما يحل له ذلك) رخصة (وقيل هذا) أي عدم حل الشهادة (بالاتفاق) وإنما الخلاف فيما إذا وجد القاضي شهادة شهود شهدوا عنده واشتبه في قمطره أي خريطة وجداء المشهود له يطلب الحكم ولم يحفظه الحاكم (أو قضيته) أي وحكمه مكتوبا في خريطة كذلك فإن أبا حنيفة رحمه الله لا يرى جواز الحكم بذلك وهما جوازهما لأن القاضي لكثرة أشغاله يسهو عن أن يحفظ كل حادثة ولهذا يكتب ، وإنما يحصل المقصود بالكتاب إذ جاز له الاعتماد عليه عند النسيان الذي ليس يمكن التحرز عنه فإذا كان في قمطره تحت ختمه فالظاهر أنه لم تصل إليه يد مغيرة والقاضي مأمور باتباع الظاهر (ولا كذلك الشهادة في الصك لأنه في يد غيره وعلى هذا) الاختلاف إذا ذكر المجلس الذي كانت فيه الشهادة أو أخبره قوم ممن يثق بهم أننا شهدنا نحن وأنت فإنه قيل لا يحل له

(قال المصنف : وإنما الخلاف ، إل قوله : يؤمن عليه الخ) أقول : قواه أو قضيه أي حكمه : يعني فيما جوزه لأن ما يكون الخ ، ودليل أبي حنيفة لعدم التجوز قد مر آنفا وهو مشابهة الخط للخط فذلك لم يصرح له هنا .

قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسهه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبر بها من يثق به) وهذا استحسان . والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة

في صك فأخذ من صاحبه علوانا فكتب رجل مثله له ثم عرضه على ذلك الكاتب فلم يشك أنه خطه . وهذا قول أبي يوسف ، ويقضي أنه لو كان الصك في يد الشاهد تركه الطالب في يده منذ كتبه جاز أن يشهد إذا عرف أنه خطه ولم يذكر الحادثة . وبهذا أجاب محمد بن مقاتل حين كتب إليه نصير بن يحيى فيمن نسي شأنته ووجد خطه وعرفه هل يسهه أن يشهد ؟ قال : إذا كان الخط في حوزة يسهه أن يشهد . وقال في الخبر : قال أبو حنيفة : لو شهدوا على صك فقالوا نعرف أن هذا خطنا وخواتمنا لكن لا نذكره لم يكن للقاضي أن يمتد شيئا من ذلك ، فإن أفضده قاض غيره ثم اختصوا إليه فيه أنه ، لأن هذا مما يختلف فيه القضاء ، وهذا يفيد أنه لو ذكر القاضي أني أشهد من غير تذكر الحادثة بل لمعرفة خطي لم تقبل ، فإنه لم يحك خلافا . وأو نسي قضاءه ولا سئل عنه فشهد شاهدان أنك قضيت بكذا لهذا على هذا ، فإن تذكره ضاه ، وإن لم يتذكر فلا إشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك ، وقيل أبو يوسف كذلك ، وعند محمد يعتمد ويتضي به ، وقول أحمد وابن أبي ليلى . وعلى هذا لو سمع من غيره حديثا ثم نسي الأصل رويته للفرع ثم سمع الفرع يرويه عنه عند أبي حنيفة ، وأبي يوسف لا يعمل به . وعند محمد لا يعمل به . ومن ذلك المسائل التي رواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله ونسبها أبو يوسف وهي ست فكان أبو يوسف رحمه الله لا يعتمد رواية محمد لها عنه ، ومحمد كان لا يدع روايتها عنه ، كذا قالوا والله أعلم أن في تخريج المسائل الست إشكالا ، لأن المذكور عند ذكرهم هذه المسائل أن أبا يوسف أنكروا وقال مارويت لك عن أبي حنيفة ذلك على ما صرح به في المداينة فيما إذا صلى أربعا وترك القراءة لإحدى الأوليين وإحدى الآخرين أنه يلزمه قضاء أربع ، فقال أبو يوسف : مارويت لك إلا ركعتين ، وهذه الصورة ليست من صور نسيان الأصل رواية الفرع ، بل من صور تكذيب الأصل رواية الفرع عنه كما يعرف في الأصول . ولا خلاف يحفظ فيه بين المحدثين والأصوليين أن رواية الفرع ترد في ذلك ، بخلاف ما إذا نسي الأصل ولم يجزم بالإنكار فلا ينبغي اعتبار قول محمد رحمه الله . نعم إذا صح اعتبار ما ذكره عنه فخر يجا على أصول أبي حنيفة يمكن (قوله ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا بالنسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسهه أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبر بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين ، ويشترط كون الإخبار بلفظ الشهادة ، وفي الموت إذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق ، أو بتواتر الخبر بذلك وقيل في الموت يكفي بإخبار واحد عدل أو واحدة ودو المختار ، بخلاف ما سواه لأنه قلما يشاهد حاله عند الموت إلا واحد ، لأن الإنسان يباه به ويكرهه ، فإذا رآه واحد عدل ، ويعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخبره غيره ، ثم يشهدان بموته ، ولابد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته أو دفنه حتى يشهد الآخر معه ، وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموثى لم يسه لأحد

ذلك بالاتفاق ، وقيل لايجل عند أبي حنيفة خلافا لهما . قال (ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه النخ) قد تقدم أن العلم شرط أداء الشهادة فلا يجوز أن يشهد بشيء لم يعاينه إلا بالنسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فإنه يسهه أن يشهد بهذه الأشياء إذا أخبر بها من يثق به وهو استحسان . والقياس أن لا يجوز لأن الشهادة مشتقة من المشاهدة)

(قال المستف : ولا يجوز للشاهد ، إل قوله : وولاية القاضي) أقول : سيجي في آخر هذه الصحيفة جواز الشهادة في الأموال بالتساع

مشقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل فصار كالبيع . وجه الاستحسان أن هذه أمور تخص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ، ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون ،

أن يشهد بموته إلا إن شهد موته أو سمع من شيد ذلك ، ذكره في الفتاوى . والاكتفاء بالعدلين نقل عن أبي يوسف وعن أبي حنيفة رحمه الله : لا يشهد حتى يسمع من جماعة : وقال الخصاف في الكل : حتى يسمع من العامة وتتابع الأخبار ويقع في قلبه تصديق ذلك من غير تفصيل . وفي الفصول عن شهادات المحيط في النسب أن يسمع أنه فلان بن فلان من جماعة لا يتصور توأموهم على الكذب عند أبي حنيفة . وعندهما إذا أخبره عدلان أنه ابن فلان تحمل الشهادة ، وأبو بكر الإسكافي كان يقضى بقولهما وهو اختيار النسب . وفي النكاح لم يشترط المصنف مع روية دخوله إلى آخره أن يسمع من الناس أنها زوجته وكذا القضاء وذكره غيره وهو الحق . ثم قول أحمد كقولنا فيما سوى الدخول . وقول للشافعي ورواية عن مالك ، والمصنف لم يحكم خلافاً بل جعل قياساً واستحساناً . فالقياس عدم الجواز لأن الشهادة مشقة من المشاهدة ، فإن الاشتقاق انتظام الصيغتين معنى واحداً بعد اشتراكهما في الحروف الأصول ، والمشاهدة متفية : يعنى القطع فلا يجوز كما في البيع وغيره ، كما لو سمع بالاستفاضة أنه باع لم تجز الشهادة عليه بالبيع وكذا غيره . وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك ، وذلك بسبب أنه لا طريق إلى معرفة هذه الأشياء سوى الخبر ، إذ لم تجز العادة بحضور الناس الولادة ، وإنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه إلى الزوج فيقولون هو ابن فلان ، وكذا عند الموت لا يحضره غالباً إلا الأقارب ، فإذا رأوا الجنائز والدفن حكوا بموت فلان . وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وإنما يخبر بعضهم بعضاً أن فلاناً تزوج فلاتة ، وكذا الدخول لا يعلم إلا بأمارات فإن الوطء لا يشاهد ، وكذا ولاية السلطان لا تقضى لا يحضروا إلا الخواص ، وإنما يحضرون جواسه وتصديده للأحكام ، وإذا كانت العادة أن علم هذه الأشياء غالباً لا يحصل إلا لبعض أفراد وأن الناس يعتمدون فيه على الخبر كان الخبر مسوغاً للشهادة ولا ضاعت حقوق عظيمة تبقى على من الأعصار كالنسب والنكاح والإرث والموت ، ويترب عليها أمور كثيرة مثل العدة والإحصان وكال مهر في الدخول ، والحاسم لمادة الشغب الإجماع على وجوب الشهادة بأن عائشة بنت أبي بكر رضى الله عنهما وأنها زوجة النبي صلى الله عليه وسلم وأنه دخل بها ، وأن علياً رضى الله عنه ابن أبي طالب وعمر رضى الله عنه ابن الخطاب ، وأن شريحاً كان قاضياً ، وأن أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً رضى الله عنهم ماتوا وإن لم نعلم شيئاً من ذلك . وحكى في الخلاصة عن ظهور الدين

بالاشتقاق الكبير وقد تقدم معناه في أول الكتاب (ذلك بالعلم) أى المشاهدة وكأنه من باب القلب لأن العلم يكون بالمشاهدة ، ويجوز أن يكون معناه المشاهدة تكون بسبب من أسباب العلم (ولم يحصل فصار كالبيع) فإنه لا يجوز للشاهد أن يشهد به بالسماع بل لابد من المشاهدة (ووجه الاستحسان أن هذه) الأمور الخمسة لو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام لأنها (أمور تخص بمعاينة أسبابها خواص من الناس) لا يطلع عليها إلا هم (وقد يتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) كالإرث في النسب والموت

(قوله قد تقدم الخ) أقول : في الدرس السابق (قوله وقد تقدم معناه) أقول : حيث تكلم في أول كتاب الطهارة على اشتقاق الوجه ومن المواجهة ، وقال هناك من الاشتقاق الكبير هو أن يكون بين كلمتين تناسب في اللفظ والمعنى ، ويجوز أن يكون الثلاث مشتقاً من المنشأ بهذا الاشتقاق (قوله وكأنه من باب القلب) أقول : يجوز أن يكون إليه الصلاة فلا قلب حينئذ (قوله ويجوز أن يكون) ، إلى قوله : ولم يحصل (أقول : السماع من أسباب علم المشاهدة وقد حصل ، إلا أن يقال : الألف واللام عوض من المضاف إليه : أي من أسباب علم المشاهدة فليتمل (قال المصنف : وجه الاستحسان) إلى قوله : خواص من الناس) أقول : الظاهر أن اعتبار الأسباب لا يستقيم في غير النسب والمقتضا إلا أن يحمل على التعليل وفيه شبه (قال المصنف : ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون) أقول : على معنى بعد كما يفهم من تقرير النهاية ، إلا أنه لم يجز ، ولعل ما ذكره صاحب النهاية بيان حاصل المعنى .

فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام ، بخلاف البيع لأنه يسمعه كل أحد ، وإنما يجوز للشاهد أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب . ويشترط أن يغيره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم . وقيل في الموت يكفي بإخبار واحد أو واحدة لأنه قلما يشاهد حاله غير الواحد إذ الإنسان يباه به ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ، ولا كذلك النسب والنكاح . وينبغي أن يطلق أداء الشهادة .

في الدخول : لا يجوز الشهادة فيه بالتسامع ، فالمراد أن يثبت الدخول بثبوت الخلو الصحيحة . ونص الحنفية على أنه يجوز بالتسامع لأنه أمر يشتهر ، بخلاف الزنا فإنه فاحشة تستر (قوله وينبغي أن يطلق أداء الشهادة) فيشهد أنه ابنه أو أمه أو قاض . أما إذا فسر للقاضي أنه شهد عن تسمع بين الناس لم تقبل شهادته ، كما أنه إذا شهد بالملك لمعينه اليد حل له وتقبل ، ولو فسر فقال لأني رأيتها في يده في وقت من الأوقات لا تقبل . وفي الفوائد الظهيرية : شهدا على النكاح والذهب وفسرا ولا سمعنا ذلك من قوم لا يصبون اجتماعهم على الكذب لا تقبل . وقيل تقبل . وقال صاحب العدة : لو قال أخبرنا بملك من ثقت به تقبل وجعله الأصح واختاره الحنفية . وفي فصول الاسترواخي : لو شهد على النكاح فسلما القاضي هل كتبنا حاضرين فقال لا تقبل شهادتهما لأنه محل لما الشهادة بالتسامع . وقيل لا تقبل كأنهما قالوا لم نعلم . ولو شهدا وقالوا سمعنا لا تقبل فكذا هذا . ولو شهدا فدفعا أو قالوا شهدنا جئنا به تقبل . ولو شهد بالموت وحده وآخر بالحياة تأخذه الموت لأنها تثبت العارض ، ذكره رشيد الدين في فتاواه . وفي الخلاصة : لو أخبرها واحد بموته وإثبات حياته ، إن كان الخبر بالموت عدلا

والنكاح وثبوت الملك في قضاء القاضي وكال المهر والعدة وثبوت الإحصان والنسب في الدخول (فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع أدى إلى ذلك) وهو باطل ، بخلاف البيع فإنه يسمعه كل أحد . فإن قيل : هذا الاستحسان مخالف للكتاب فإن العلم مشروط في الكتاب ولا علم فيما نحن فيه . أجاب بقوله (وإنما يجوز للشاهد) يعني لانسلم أن لا علم فيما نحن فيه فإنه إنما يجوز للشاهد (أن يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر أو بإخبار من يثق به كما قال في الكتاب) وبين أن العدد فيمن يثق به شرط وهو (أن يغيره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم) وهذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، وأما على قول أبي حنيفة فلا يجوز الشهادة ما لم يسمع ذلك من العامة بحيث يقع في قلبه صدق الخبر ، وإذا ثبتت الشهرة عندهما يغير عدلين يشترط أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة على ما قالوا لأنها توجب زيادة علم شرعا لا يوجبها لفظ الخبر (وقيل يكفي في الموت بإخبار واحد أو واحدة) فرقوا جميعا بين الموت والأشياء الثلاثة : أي النكاح والولادة وتقليد الإمام القضاء ، لأن الغالب فيها أن تكون بين الجماعة ، أما النكاح فإنه لا ينعقد إلا بشهادة اثنين ، والولادة فلها تكون بين الجماعة في الغالب ، وكذلك تقليد الإمام للقضاء . وأما الموت فإنه قلما يشاهده غير الواحد إذ الإنسان يباه به ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج) بخلاف النسب والنكاح (وقوله وينبغي أن يطلق أداء الشهادة) بيان لكيفية الأداء ، وينبغي أن يطلق ذلك فيقول في النسب أشهد أن فلان بن فلان كما يشهد أن أبا بكر وعمر رضي الله عنهما ابنا أبي حنيفة والخطاب ولم

(قال المصنف أو بإخبار من يثق به) أقول : لعله حلف على قوله بالاشتهار ، فإن ثبوت الشهرة بإخبار عدلين لا يتخلو عن به . ثم بين ما هنا بحث ، لأن إخبار من يثق لا يفيد حكم العلم ، وإلا لسمع الشهادة بذلك في البيع وأمثاله ، واشتراط التواتر يعدم أوليهم بين الاستحسان . ويمكن أن يراد بالعلم هو العلم المبني في حق الملبود به ، في حق هذه الأشياء القدر ليسر هذه المرتبة وفيما فوقها حرج بخلاف البيع وأمثاله (قوله يشترط أن يكون الإخبار) أقول : أي إخبار عدلين .

أما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما أن معانية اليد في الأملاك تطلق الشهادة ، ثم إذا فسر لا تقبل كذا هذا . ولو رأى إنسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد على كونه قاضيا وكذا إذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينسبط كل واحد منهما إلى الآخر انبساط الأزواج كما إذا رأى عينا في يد غيره . ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معانية ، حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على هذه الأشياء الخمسة ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف . وعن أبي يوسف رحمه الله آخرها أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب » .

ويشهد أنه عاين موته أو جنازته وسعها أن تزوج بعد انقضاء عدتها . ثم قال : هذا إذا لم يورثنا ، فإن أرخنا وتاريخ شاهدهى الحياة بعد تاريخ شاهد الموت فشهادة شاهدهى الحياة أولى وكذا يقتله انتهى . وأطلق في وصايا عصام الدين فقال : شهد أن زوجها مات أو قتل وآخرون على الحياة فالمرتبة أولى . وفي فتاوى الفضل : شهد عندها عدل أن زوجها مات أو قتل أو ارتد والعياذ بالله هل لما أن تزوج ؟ روايتان : في السبر لا يجوز ، وفي الاستحسان يجوز . ومن فروع التسامع في فتاوى النسب : قال رجل لامرأة : سمعت أن زوجك مات لما أن تزوج إن كان المخبر عدلا ، فإن تزوجت ثم أخبرها جماعة أنه حتى إن صدقت الأول يصح النكاح . وفي المتن لم يشترط تصديقها بل شرط عدالة المخبر فقط ، وقد يخال أن هذا خلاف ما تقدم . وقد يفرق بأن ذلك في حل إقدامها وعدمه ، وهذا بعد أن تزوجت واستحقها الأزواج الثاني ظاهرا ، والثاني بالشيء يذكر إذا أخبرها واحد عدل أو شهد عند ولها بأن زوجها طلقها أو مات عنها ووقع في قايها صدقة لما أن تتدو تزوج . وذكر رشيد الدين أيضا فيه إنما يجوز الشهادة بالتسامع على الموت إذا كان الرجل مريفا بأن كان عالما أو من العدل ، أما إذا كان تاجرا أو من هو مثله لا يجوز إلا بالمعانية (قوله ثم قصر الاستثناء في الكتاب) أى استثناء القدرى حيث قال : إلا في النسب إلى آخر الأشياء

يشاهد شيئا من ذلك (فأما إذا فسر للقاضي أنه يشهد بالتسامع لم تقبل كما أن معانية اليد في الأملاك تطلق الشهادة وإذا فسر) بأنه إنما يشهد لأنه رآه في يده (لا تقبل كذلك هذا ، ولو رأى إنسانا جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له أن يشهد بكونه قاضيا وإن لم يعاين تقليد الإمام إياه (وإذا رأى رجلا وامرأة يسكنان بيتا وينسبط كل منهما إلى الآخر انبساط الأزواج جاز له أن يشهد بأنها امرأته ، فإن سأله القاضي هل كنت حاضرا ؟ فقال لا تقبل شهادته ، لأنه يحل له أن يشهد بالتسامع كما يشهد بأمرات المؤمنين أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ، فعلى الرؤية أولى . وقيل لا تقبل لأنه لما قال لم يعاين العقد تبين للقاضي أنه شهد به بالتسامع ، ولو قال أشهد لأنى سمعت لا تقبل فكذا هذا (ومن شهد أنه شهد دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معانية حتى لو فسر للقاضي قبله) لأنه لا يدين إلا الميت ولا يصلى إلا عليه . ولو قالنا نشهد أن فلانا مات أخبرنا بذلك من نثق به جازت شهادتهما هو الأصح . وأما الشهادة على الدخول بالشبهة والتسامع فقد ذكر الخصاف أنه يجوز لأنه أمر يتعلق به أحكام مشهورة كما ذكرنا في عدم قولها حرج وتعطيل . وقوله (ثم قصر الاستثناء في الكتاب) بيان أن الشهادة بالتسامع هل هي محصورة فيما ذكر في الكتاب أولا في ظاهر الرواية محصورة (وعن أبي يوسف رحمه الله آخرها أنه يجوز في الولاء لأنه بمنزلة النسب ، قال صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب ») والشهادة على النسب بالتسامع

(قال المصنف : أما إذا فسر للقاضي إلى قوله لم تقبل شهادته) أقول : لأن إسناده لضعف دليل يريه أن يحمل المهمة على غيره (قوله فعل الرؤية) أقول : فتقبل شهادته على أسدما (قوله لأنه ، إلى قوله : إنه شهد به بالتسامع) أقول : فيه بحث لأنه يجوز أن يشهد بالرؤية (قوله ولو قال الخ) أقول : المسئلة في النهاية نقلنا من صاحب المهمة .

وعن محمد رحمه الله أنه يجوز في الوقف لأنه يبقى على مرّ الأعصار ، إلا أننا نقول الولاء يبتقى على زوال الملك ولا بد فيه من الممانعة فكذا فيما يبتقى عليه . وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع في أصله دون شرائطه ، لأن أصله هو الذي يشتهر .

الخامسة : في اعتبار التسامع في الولاء والوقف فلا تجوز الشهادة بالتسامع فيهما . وعن أبي يوسف تجوز في الولاء بالتسامع رجع إليه ، وكان أولا يقول كقول أبي حنيفة ومحمد لا تجوز إلا أن يسمعا العتق ، ثم رجع إلى أنه يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لجمعة كالجمعة النسب » وفي النسب تجوز بالتسامع ، فكذا في الولاء ، ألا ترى أننا نشهد أن قنبرا ، مولى بني أبي طالب رضى الله عنه وناقصا مولى ابن عمر وبلالا مولى أبي بكر الصديق . ولهما أنه يفتى على العتق ، والعتق لقوله قولا يسمع ، وكثيرا ما يقصد الإشهاد عليه لا يثبت بالتسامع فكذا ما يفتى عليه ، وليس تجوزنا بالسامع لكون الشيء مما يشتهر بل للضرورة لما ذكرنا من أن النسب لا يرى إذ لا يرى العلو ، وكذا تقليد القاضي القضاة إلا الخواص والموت والباقي فيؤدى إلى ما ذكرنا ، ولا كذلك العتق . وكون نافع مولى ابن عمر ونحوه من باب الاختبار الحق ، وهذا بناء على أن لا خلاف في العتق أنه لا تقبل بالتسامع ، وعليه نص شمس الأئمة . وذكر الصدر الشهيد عن الحلواني أن الخلاف ثابت في العتق أيضا عند أبي يوسف تجوز بالتسامع خلافا له ، وهو قول مالك وأحمد وقول الشافعي . وشرط الخصاف في الولاء على قول أبي يوسف شرطا لم يذكره محمد في الميسر فقال : إنما تقبل إذا كان العتق مشهورا وللمعتق أبوان أو ثلاثة في الإسلام . قال المصنف (وأما الوقف فالصحيح أنه تقبل الشهادة بالتسامع عليه في أصله) وقال الأقطع في شرحه : قل محمد تجوز ، وقوله لأن أصله هو الذي يشتهر ليس بذلك ، والوجه في التوجه أنه وإن كان قولا بما يقصد الإشهاد عليه والحكم به في ابتداء الكه في توالي الأعصار تبديد الشهود والأوراق مع اشتهار وقضيته فيبقى في البقاء سائمة إن لم تجز الشهادة به بالتسامع فست الحاجة إلى ذلك . وقوله فالصحيح الخ احتراز عن قول طائفة من المشايخ . قال في الفصول : يختلف المشايخ . قال بعضهم محل وقال بعضهم لا محل . ومن المشايخ من قال تجوز على أصل الوقف بالتسامع لا على شرائطه ، وإليه مال شمس الأئمة السرخسي ، وهو ما ذكره المصنف وليس معنى الشروط أن يبين الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلبها بكذا وكذا والباقي كذا وكذا . وفي الفتاوى الصغرى في الفصل الثاني من كتب الشهادات : إذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغي أن تقبل . ونص عن الشيخ الإمام ظهير الدين إذا لم يكن الوقف قديما لا بد من ذكر

بجائزة كما مر فكذا على الولاء ، ألا ترى أننا نشهد أن قنبرا مولى على وعكرمة مولى ابن عباس رضى الله عنهما وإن لم ندر ذلك (وعن محمد أنها تقبل في الوقف لأنه يبقى على مرّ الأعصار . والجواب عن قول أبي يوسف أن الولاء ينتهي على إزالة ملك العيين ولا بد فيه من الممانعة لأنه يحصل بكلام تسمعه الناس وليس كالولادة فلا حاجة فيه إلى إقامة التسامع مقام البيئة . قال شمس الأئمة السرخسي الشهادة على العتق بالتسامع لا تقبل بالإجماع وأما الوقف فذهب بعض المشايخ إلى أنها لا محل فيه بالتسامع مطلقا ، ويدل عليه عبارة الكتاب . وقال بعضهم : تقبل في أصله وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي دون شرائطه ، لأن أصله هو الذي يشتهر ، ولا بد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا تقبل ، كذا في الذخيرة

(قوله أن الولاء ينتهي على إزالة ملك العيين الخ) أقول : يعني إزالته بالإعتاق (قوله مقام البيئة) أقول : الظاهر أن يقال مقام الممانعة (قوله ويدل عليه عبارة الكتاب) أقول : يعني قصر الاستئثار (قوله وقال بعضهم : تقبل في أصله) أقول : في شرح الوقاية لصدر الشريعة ، والمراد بأصل الوقف أن هذه القيمة وقف على كذا ، فبيان المصرف داخل في أصل الوقف .

قال (ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة وسلك أن تشهد أنه له) لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها فيكتفى بها . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له :

الواقف ، وإذا شهدوا أن هذه الضميمة وقفت ولم يذكروا الجهة لا يجوز ولا تقبل بل يشترط أن يقولوا وقفت على كذا . ثم قال : وما ذكرناه . وفي الأصل صورته : أن يشهدوا بالتسليم أنها وقفت على المسجد أو المقبرة ، ولم يذكروا أنه يبدأ بقلتها فيصرف إلى كذا ثم ما فضل يصرف إلى كذا لا يشهد على هذا الوجه بالتسليم ، وهكذا قال المرغباني قال : لا بد من بيان الجهة أنه وقف على المسجد أو المقبرة وما أشبه ذلك ، حتى لو لم يذكر ذلك لا تقبل شهادته : قال : وتأويل قولهم لا تقبل الشهادة على شرائط الوقف أنه لا ينبغي للشاهد بعد ذكر الجهة أن يشهد أنه يبدأ من غلته فيصرف إلى كذا وكذا ، ولو ذكر ذلك في شهادته لا تقبل ، ذكره في النخبة . وذكر في المجتبى والاختار أن تقبل على شرائط الوقف أيضا . وأنت إذا عرفت قولهم في الأوقاف التي انقطع ثوبها ولم يعرف لها شرائط ومصارف أنها يسلك بها ما كانت عليه في دواوين القضاة لم تنفع عن تحسين ما في المجتبى لأن ذلك هو معنى الثبوت بالتسليم (قوله ومن كان في يده شيء الخ) صورتها : رأى عينا سوى ما استثناه في بدلان ثم رآها في يد غيره والأول يدعى عاين الملك وسعه أن يشهد للمدعى لأن الملك يعرف بالظاهر واليد بلا منازع دليل ظاهر فيه ، ولا دليل سواه لأن غاية ما يمكن فيه أن يعاين سبب الملك من الشراء والهبة وموت المورث ، وفي من هذه الأسباب لا يفيد ملك الثاني حتى يكون ملك الأول . وعن أبي يوسف أنه يشترط في حل الشهادة بالملك مع ذلك أن يقع في قلبه أنه له . وفي الفوائد الظهيرية أسند هذا القول إلى أبي يوسف وعمره ولفظه وعنه ، قال المصنف : قالوا يعني المشايخ :

(قال ومن كان في يده شيء الخ) رجل رأى عينا في يد آخر ثم رآها في يد غيره والأول يدعى عليه المثلث وسعه أن يشهد بأنه للمدعى لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك إذ هي مرجع الدلالة في الأسباب كلها ، فإن الإنسان وإن عاين البيع أو غيره من الأسباب لا يعلم ملك المشتري إلا بملك البائع وملك البائع لا يعلم إلا باليد ، وأقصى

(قال المصنف : ومن كان في يده شيء سوى العبد والأمة) أقول : ولعله إنما لم يقل ومن عاين في يد رجل شيئا وسعه أن يشهد ليشمل الصورة الثالثة إذ لا ممانعة فيها (قال المصنف : لأن اليد ، إل قوله : في الأسباب كلها) أقول : قال في التكايف : لأن أقصى ما في الباب أنه يباين أسباب الملك من البيع والهبة ونحوهما ، لكن البيع إنما يفيد الملك إذا كان المبيع ملكا للبائع وكذا الهبة وإنما يعرف كون المبيع ملكا للبائع وللحبيب ملكا قواها بيده بلا منازعة انتهى . فإن قيل : بل يعرف كونها ملكا بصرف فق يدها وهبة لا بمجرد اليد . قلنا : لا تصرف في صورة الإرث وهو يكتفي في قول القاضي (قال المصنف : فيكتفى بها) أقول : قال العلامة التنقي في التكايف : وينبغي أن لا يشهد بالشهادة بما استفاد العلم به من عاينة اليد حتى لو بين ذلك بردها من في التسليم ، لأن سائنة اليد في الأملك ملق بالشهادة بالملك لا موجب ، والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة انتهى . وفيه بحث لم لا يجوز أن يكون القضاء بشهادة التفاسق سابق فتأمل . والقول الفصل والتكلم الجزل في شرح الكثر الزيلعي . وعبارة الكثر : وإن فسر القاضي أنه يشهد له بالتسليم أو بممانعة اليد لا يقبل انتهى . وصار الزيلعي : أي فسر القاضي أنه يشهد بالتسليم في موضع يجوز بالتسليم ، أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤية في يده في موضع يجوز له الشهادة برؤية في يده لا تقبل شهادته ، لأن التسليم أو الرؤية في اليد يجوز للشهادة والتفاسق يلزمه القضاء بالملك بالشهادة إذا كانت عن عيان ومشاهدة أو إطلاق لاحتمال المشاهدة . أما إذا كانت من تسامح أو رؤية فبيده فلا يجوز أن يحكم بها ، ألا يرى أنه لا يجوز أن يحكم ببيع نفسه ولو تواتر عنه ، ولا برؤية نفسه في يد إنسان فأقول أن لا يجوز ببيع غيره أو برؤية غيره ، وهذا لأن القضاء يجب بما تجب به الشهادة ، وفيما لا يجب لا يجب ، فكذلك ينبغي أن لا يجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به ، إلا أنا استحسننا قولنا أن لا تقبل ذكرها للضرورة التي ذكرناها وبني القضاء على أصل القياس انتهى فليفهم ، فإن فيه نقضا فعلا المقام حيث يتجمل بها ظلمات الأرواح . فإن في النهاية : ثم كما يحل للشاهد أن يشهد بحكم اليد بالملك يحل للقاضي أيضا القضاء به ، حتى أن القاضي لو عاين يده في حال قضائه يحل له أن يقضي كما يحل للشاهد أن يشهد انتهى . ولا توهم من مخالفة بين ماذكرة الزيلعي وما في النهاية : فإن ما في شرح الكثر (٥٠ - فتح التحرير حن - ٧)

قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد رحمه الله في الرواية فيكون شرطاً على الاتفاق. وقال الشافعي رحمه الله: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا رحمه الله لأن اليد متنوعة إلى إنباء وملاك. قلنا: والتصرف يتنوع أيضاً إلى نياية وأصالة. ثم المسئلة على وجوه: إن عاين المالك الملك حل له أن يشهد، وكذا

يحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد في الرواية. قال الصدر الشهيد: ويحتمل أن يكون قوله قول الكل وبه تأخذ. وقال أبو بكر الرازي: هذا قولهم جميعاً. ووجهه أن الأصل في حل الشهادة اليقين لما عرف، فعند تعذره يصار إلى ما يشهد به القلب لأن كون اليد مسوّغاً بسبب إفادتها ظن الملك، فإذا لم يقع في القلب ذلك لا ظن فلم يفد مجرد اليد، ولهذا قالوا: إذا رأى إنسان درة ثمينة في يد كنان أو كتاباً في يد جاهل ليس في آياته من هو أهل له لا يسمعه أن يشهد بالملك له فعرف أن مجرد اليد لا يكفي. وقال الشافعي: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا وهو الخصاف، وهو قول مالك، لأن اليد تنوّع إلى ملك ونياية وضمان. قلنا: وكذا التصرف أيضاً فلم يزل احتمال عدم الملك بالتصرف، ثم ينبغي أن يطلق الشهادة حتى لو قال إنه شهد بناء على اليد لا تقبل، وهذا لأن معاينة اليد مطلقاً للشهادة مجوّز لها لا وجب على الشاهد أن يشهد والقاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة، ولهذا قلنا: إذا كانت دار في يد رجل يتصرف فيها تصرف المالك بالعمارة والمهمل ونحو ذلك يبيع دار إلى جانبها فأراد أن يأخذها بالشفعة لا يقضى القاضي له بذلك وإن ثبت عنده أنها في يده يتصرف فيها إذا أنكر المشتري أن الدار التي في يده ملكه لأن العيان ليس سبباً للوجوب بل للجواز (قوله ثم إن عاين الملك الخ) حاصله أن المسئلة على أربعة أوجه: الأول أن يماين الملك والمالك، وهو إن عرف المالك باسمه ونسبه

ما يستدل به كاف في الدلالة لثلاث يلزم انسداد باب الشهادة المفتوح بالإجماع، فإنها إذا لم تجز يحكم اليد انسداد بابها. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط مع ذلك أن يقع في قلبه أنه لو كان الأصل في الشهادة العلم بالنص وعند إعواز ذلك يصار إلى ما يشهد به القلب (قالوا: ويحتمل أن يكون هذا) أي ما ذكر من شهادة القلب (تفسير لإطلاق محمد في الرواية) وهو قوله وسعك أن تشهد أنه له: يعني إذا وقع ذلك في القلب. قيل لو كان ذلك كافياً في الشهادة لقبها القاضي إذا قهدها الشاهد بما استفاد العلم به من معاينة اليد وليس كذلك. وأجيب بأننا جعلنا العيان مجوّزاً للشاهد أن يقدم على الشهادة وذلك ثابت لما قلنا، وأما أن يلزم القاضي العمل به فلم يلزمه، ولهذا قلنا: إن الرجل إذا كان في يده دار يتصرف فيها تصرف المالك يبيع دار بجانبها وأراد ذو اليد أن يأخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضى له عند إنكار المشتري أن تكون الدار ملك الشفيع لأن العيان ليس سبباً للوجوب (وقال الشافعي رحمه الله: دليل الملك اليد مع التصرف، وبه قال بعض مشايخنا) وهو الخصاف (لأن اليد متنوعة إلى إنباء وملاك) فلا تقيد العلم فلا بد من ضم التصرف إليها. والجواب أن التصرف كذلك، وضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال فيتنبى العلم (ثم) هذه المسئلة على وجوه (أربعة بالقسمة العقلية: لأنه إما أن يعاين الملك والمالك، أو لم يعاينهما،

هو ما إذا رأى القاضي قبل حال الانتفاء ثم رأى حال فقائه في يد غيره كما لا يخفى (قوله لثلاث يلزم انسداد باب الشهادة) أقول: كيف يلزم الانسداد إذا شرط معها ما ذكره أبو يوسف والخصاف (قوله لأن العيان ليس سبباً للوجوب) أقول: قال في النهاية لكه ليس سبباً للجواز انتهى، فيه بحث (قال المصنف: لأن اليد متنوعة إلى إنباء وملاك) أقول: لعل المراد من الإنباء النياية، وقه فصرّت بها في فصل القضاء بالموارث، وفي الكافي: لأن اليد تنوّع إلى ملك وأمانة وضمان (قال المصنف: قلنا والتصرف يتنوع أيضاً إلى نياية وأصالة) أقول: فيه أن شبه اللعبة غير متغيرة بل للعبة واحتمال كون التصرف نياية من قبيل الأول دون احتمال التصرف فلا يثبت به الملك فليست على أن عمل النزاع من قبيل الشبهة وشبهة الشبهة أم لا (قوله وضم محتمل إلى محتمل يزيد الاحتمال) أقول: فيه تأمل، فإن ضم الخبر المحصل لكذب إلى مثله

إذا عاين الملك مجلوده دون المالك استحسانا لأن النسب يثبت بالتسامع فيحصل معرفته، وإن لم يعاينها أو عاين المالك دون الملك لا يحل له .

ووجهه وعرف الملك مجلوده ورآه في يده بلا منازع ثم رآه في يد آخر فجاء الأول وادعاه وسعه أن يشهد له وظهر أن المراد بالملك المملوك . الثاني أن يعاين الملك دون المالك بأن عاين ملكا مجلوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني وهو لا يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذي نسب إليه الملك وادعى ملك هذا المجلود على شخص حل له أن يشهد استحسانا . والقياس أن لا تجوز لأن الجهالة في المشهود به تمنع جواز الشهادة . فكذا في المشهود له . وجه الاستحسان أن الملك المشهود به معلوم والنسب يثبت بالتسامع فصار المالك «عاوما بالتسامع» أيضا . وأورد عليه أنه يلزم أن تكون الشهادة بالملك بالتسامع . وأجيب بأن الشهادة بالملك هنا ليست قصدا بل بالنسب وفي ضمنه ثبوت الملك فيجوز . وهنا كذلك لأنه سمع أن هذا الملك لفلان بن فلان فحصل له العلم بنسب المالك بالتسامع وثبت ملكه في ضمنه والاعتبار بالتضمن لا بالتضمن . ولا يخفى أن مجرد ثبوت نسبه بالشهادة عند القاضي لم يوجب ثبوت ملكه لتلك الضيقة أولا الشهادة به ، وكذا المقصود ليس إثبات النسب بل الملك في الضيقة ، والله أعلم . وعلى هذا قال الناصحي : فإن كان المالك امرأة لا تخرج ولا يراها الرجال ، فإن كان الملك مشهورا أنه لها جاز أن يشهد عليه لأن شهرة الاسم كالعامة . الثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك بل سمع أن فلان بن فلان الفلاني ضيقة في قرية كذا حدودها كذا وهو لم يعرف تلك الضيقة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك لأنه مجازف في هذه الشهادة . الرابع أن يعاين المالك بأن عرفه معرفة تامة كما ذكرنا وسمع أن له ضيقة في كورة كذا وهو

أو عاين الملك دون المالك أو بالعكس من ذلك . فإن كان الأول بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه وعرف الملك مجلوده وحقوقه ورآه في يده ووقع في قلبه أنه له حل له أن يشهد لأنه شهادة عن علم . وإن كان الثاني وسمع من الناس أن لفلان بن فلان ضيقة في بلد كذا حدودها كذا وكذا لا يشهد لأنه مجازف في الشهادة . وإن كان الثالث وهو إن عاين الملك مجلوده ينسب إلى فلان بن فلان الفلاني ولم يعاينه بوجهه ولم يعرفه بنسبه فالقياس أن لا تحل له الشهادة لأنها شهادة بالملك للمالك مع جهالة المشهود له وجهالة المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا جهالة المشهود له . وفي الاستحسان يحل لأن الملك معلوم والنسب يثبت بالشهرة والتسامع فكانت شهادة بمعلوم لمعلوم ؛ ألا ترى أن صاحب الملك إن كانت امرأة لا تبرز ولا تخرج كان اعتبار مشاهدتها وتصرفها بنفسها لجواز الشهادة بالملك مبطلا لحقها ولا يجوز ذلك . وعورض بأنه يستلزم الشهادة بالتسامع في الأموال وهي باطلة . وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال ليست بالتسامع بل بالعيان ، والتسامع إنما هو بالنسبة إلى النسب قصدا وهو مقبول فيه كما تقدم ، وفي ضمن ذلك يثبت المال والاعتبار للمتضمن . وإن كان الرابع فهو كالثاني في جهالة المشهود به

فه يفيد في الاحتال كما في الأخبار المتواترة (قوله بأن عرف المالك بوجهه واسمه ونسبه) أقول : ليس معرفة الاسم والنسب عما يدخل في المانية تصحقتها بدونها (قوله وأجيب بأن الشهادة بالنسبة إلى المال الخ) أقول : فيه بحث ، فإن المقصود بالشهادة ليس بالنسب بل للملك في الضيقة . والظاهر في الجواب بطلانها جواب القياس وهذا جواب الاستحسان كي لا يتبع الحق (قوله والتسامع إنما هو بالنسبة الخ) أقول : لأن الشاهد إذا سمع أن هذا الملك المجلود منسوب إلى فلان بن فلان . فإن الذي يستفاده أو لا من سماع هذا الكلام هو العلم بنسب المنسوب إليه وعلمه بما تضمنه الكلام من نسبة الملك إليه إنما هو في الرتبة الثانية ، إذ لا تصرف النسبة إلا بعد معرفة المتضمنين .

وأما العبد والأمة ، فإن كان يعرف أنهما رقيقان فكنكك لأن الرقيق لا يكون في يد نفسه ، وإن كان لا يعرف أنهما رقيقان إلا أنهما صغيران لا يعبران عن أنفسهما فكنكك لأنه لا يد لهما ، وإن كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لأن لهما يدا على أنفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب ، والفرق ما بيناه ، والله أعلم :

لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد له بالملك فيها لأنه لم يحصل له العلم بالمحدد (قوله وأما العبد والأمة) يعني إذا عاينهما في يد إنسان بخدمانه إذا كان يعرف أنهما رقيقان جاز له أن يشهد أنهما ملكه سواء كانا صغيرين أو كبيرين لأنهما برصفت الرق لا يد لهما على أنفسهما وقد شوهد في يد غيرهما فكان كروية ثوب في يده ، وإن لم يعرف رقعهما ، فإن كانا صغيرين : أي لا يعبران عن أنفسهما فكنكك يجوز أن يشهد له بملكهما له لما ذكرنا أنهما لا يد لهما على أنفسهما ، وإن كانا كبيرين : أي يعبران عن أنفسهما سواء كانا صبيين عاقلين أو بالغين به صرح المحبوبي فهو مصرف الاستثناء في قوله سوى العبد والأمة لأن لهما يدا على أنفسهما فيدفع الغير عنهما . حتى أن الصبي الذي يعقل لو أقر بالرق على نفسه لغيره جاز لإقراره ويصنع المقر له به ما يصنع بماوكه ، وإذا كان بمن يعبر عن نفسه لا تكون اليد دليل الملك إذ الحر قد يخدم الحر خلسة العبيد ، وهذا الاحتمال يدر إذا كانا لا يعبران عن أنفسهما ، فأما إذا كان لذلك أهلا فلا يزال اعتباره إلا بإقرارهما بالرق ، فإن لم يقر لا تثبت الشهادة عليهما به ، وإنما لا تقبل دعواهما الحرية بعد ماكبرا في يد من هما في يده لظهور الرق عليهما باليد في حال صغرهما . هذا وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يحل له أن يشهد في الكبيرين أيضا ، وكذا عن أبي يوسف ومحمد فجعلا اليد في الكل دليلا على الملك بدليل أن من ادعى عبدا أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول للذي اليد لأن الظاهر شاهد لقيام يده عليه . وقوله (والفرق ما بينا) يريد كون يدهما على أنفسهما فتدفع اليد عنهما .

(قوله وأما العبد والأمة) مردود إلى قوله سوى العبد والأمة . وتقريره أن الرجل إذا رأى عبدا أو أمة في يد شخص فلا يخلو إما أن يعرف رقعهما أو لا ، فإن كان الأول حل له أن يشهد أنهما ملك من هما في يده لأن الرق لا يكون في يد نفسه ، وإن كان الثاني فلا أن يكونا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما أو كبيرين ، فإن كان الأول فكنكك لأنه لا يد لهما على أنفسهما ، وإن كان الثاني وهو من يعبر عن نفسه عاقل غير بالغ كان أو بالغ فذلك مصرف الاستثناء بقوله سوى العبد والأمة ، فإن اليد في ذلك لا تدل على الملك لأنهما في أيدي أنفسهما وذلك يرفع يد الغير عنهما حكما ، حتى أن الصبي الذي يعقل إن أقر بالرق على نفسه لغيره جاز ويصنع به المقر له ما يصنع بماوكه . واعتراض بأن الاعتبار في الحرية والرق لو كانا لصغيرهما عن أنفسهما لا اعتبر دعوى الحرية منهما بعد الكبر في يد من يدعى رقعهما . وأجيب بأنه إنما لم يعتبر ذلك لثبوت الرق عليهما للدعوى في الصغر وإنما المعتبر بذلك إذا لم يثبت لأحد عليهما رق . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال : يحل له أن يشهد فيهما أيضا اعتبارا بالثياب ، وكذا روى عن أبي يوسف ومحمد رحمه الله ، فجعلا اليد دليلا على الملك في الكل ، ألا ترى أن من ادعى عبدا أو أمة في يد غيره وذو اليد يدعى لنفسه فالقول للذي اليد لأن الظاهر شاهد له لقيام يده كما في الثياب والدواب : والفرق ما بينا وهو قوله لأن لهما يدا على أنفسهما يدفعان بها يد الغير عنهما ، بخلاف الثياب ، والله تعالى أعلم .

(قال المصنف : وإن كانا كبيرين فذلك) أقول : في الكافي أو صغيران يعبران عن أنفسهما انتهى . والظاهر أن المصنف أراد بالكبير هنا من يعبر عن نفسه سواء كان بالغاً أم لا كما يشير إليه صاحب الفتاوى .

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

(قال : ولا تقبل شهادة الأعمى : وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله : تقبل فيما يجري فيه التسامع لأن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه . وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله : يجوز إذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعينة ، والأداء يختص بالقول ولسانه غير موفٍ والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت .

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

لما ذكر تفصيل ما يسمع من الشهادة شرع في بيان من تسمع شهادته وأخره لأن المحال شروط والشروط غير مقصود لذاته : والأصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا شهادة لهم » والتهمة ثابتة مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة (قوله ولا تقبل شهادة الأعمى) مطلقا سواء عمى قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أو لا تجوز (وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله : تقبل فيما تجوز فيه التسامع لأن الحاجة فيه للسمع ولا خلل في سمعه) وهو قول للشافعي ، والملك وأحد والنخعي والحسن البصري وسعيد بن جبير والثوري . وتقبل في الترجمة عند الكل لأن العلم يحصل بالسماع . وقال أبو يوسف : تجوز فيما طريقه السماع ، وما لا يكتفي فيه السماع إذا كان بصيرا وقت التحمل ثم عمى عند الأداء إذا كان يعرفه باسمه ونسبه وهو قول الشافعي

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

لما فرغ من بيان ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع في بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع ، وقدم ذلك على هذا لأنه محال الشهادة والمحال شروط والشروط مقلعة على الشروط ، وأصل رد الشهادة ومبناه التهمة ، قال صلى الله عليه وسلم « لا شهادة لهم » ولأنها خير يحتمل الصدق والكذب وحجته يرجع جانب الصدق فيه وبالثمة لا يبرجج ، وهي قد تكون لمعنى في الشاهد كالفسق ، فإن من لا يزجر عن غير الكذب من محظورات دينه فقد لا يزجر عنه أيضا فكان منها بالكذب ، وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة بهم بها يثارت المشهود له على المشهود عليه كالألادة وقد تكون لخلل في أداء التمييز كالعمى المفضي إلى تهمة الغلط فيها وقد تكون بالعجز عما جعل الشرع دليل صدقه كالحدود في القذف قال الله تعالى - فلألم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون - قال (ولا تقبل شهادة الأعمى الخ) شهادة الأعمى إما أن تكون في الحدود والقصاص أولا ، فإن كان الأول فليست بمقبولة بالاتفاق وإن كان الثاني فلها أن تكون فيما يجري فيه التسامع كالنصب والموت أولا ، فإن كان الأول فبات عند زفر وهو

(باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل)

(قوله والشروط مقلعة على الشروط) أقول : للشروط هو الشهادة لأن يسمع منه الشهادة (قوله وأصل رد الشهادة الخ) أقول : لإدالة فيه على الأصالة (قوله وقد تكون لمعنى في المشهود له من قرابة الخ) أقول : أو ملك أو شركة ، في التخصيص بالترابية بحث (قوله يتم بإثارت المشهود له) أقول : أي يتم للشاهد (قوله وقد يكون بالمعجز عما جعل الشرع دليل صدقه) أقول : قال المصنف : ولا تقبل شهادة الأعمى) أقول : ولوليل القاضي شهادة الأعمى وحكمه جائز حكمه لأنه يجتهد فيه حيث قال مالك : تقبل شهادة مطلقا كالصغير .

ولنا أن الأداء يفترق إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنعمة . وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بمنح الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحلود والقصاص : ولو عي بعد الأداء يمتنع القضاء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، لأن قيام أعلية الشهادة شرط وقت القضاء

وذلك واحد لأنه إذا كان يعرفه باسمه ونسبه كني كالشهادة على الميت (ولنا أن الأداء يفترق إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له وعليه) وهو منتف عن الأعمى إلا بالنعمة (وفيه) أى في التمييز بالنعمة (شبهة يمكن التحرز عنها بمنح الشهود) فلم تقع ضرورة إلى إهدار هذه التهمة ، بخلاف وطء الأعمى زوجته وأمه فإنه لا يمكن التحرز عنه بمنح

رواية ابن شجاع عن أبي حنيفة ، وإن كان الثاني ، فإن كان بصيرا وقت التحمل والمشهود به غير منقول بقيت عند أبي يوسف والشافعي ، وإن انتفى أحدهما لم تقبل بالاتفاق . فالمتبر عند أبي يوسف الإحصار عند التحمل ، وعندهما استمراره ، حتى أو عي بعد الأداء قبل القضاء امتنع القضاء . أما علم القبول في الحلود والقصاص فلا هنا تندرى بالشبهات والصوت والنعمة في حق الأعمى بقرم مقام المعانة ، والحلود لا تثبت بما يقوم مقام الغير . وأما وجه قول زفر فهو أن الحاجة فيه إلى السماع ولا خلل فيه . والجواب أن من لا تقبل شهادته فيما لا يجزى فيه السماع لا تقبل فيما يجزى فيه ذلك كالصبي والخون ، وسيأتي جواب آخر . وأما وجه قول أبي يوسف والشافعي فهو أن العلم بالمعانة حصل عند التحمل ، ومن حصل له العلم بالمعانة عند التحمل صح تحمله لاحالة ، والأداء إنما يكون بالقول ولا خلل في القول لأن أسانه غير موف فكان مقتضى لصحة التحمل والأداء وجودا والمانع وهو عدم التعريف منتف لأن التعريف يحصل بالنسبة فصار كالشهادة على الميت إذا شهدا على الميت بأن لفلان عليه كذا من الدين فلها تقبل بالاتفاق إذا ذكر نسبه . والجواب لأبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنا لا نسلم أن القول يستبد بتحصيل الأداء بل الأداء مفترق إلى التمييز بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه ، ولا يميز الأعمى إلا بالنعمة ، وفيه أى في النعمة بتأويل الصوت شبهة يمكن التحرز عنها بمنح الشهود ، فإن بالشهود البصراء كثرة وفيهم غنية عن شهادة الأعمى ، والمراد بالتمييز بالإشارة التمكن منه لئلا ينتقض بالشهادة على الغائب لأجل كتاب القاضي إلى القاضي فإنها تقبل ولا إشارة ثمة لتمكنهم من ذلك عند الحضور ، بخلاف الأعمى . وفي قوله يمكن التحرز إشارة إلى الجواب عن الميت ، فإن الاحتراز عنه بمنح الشهود غير ممكن لأن المدعى وإن استكثر من الشهود يحتاج إلى إقامة الاسم ، والنسبة مقام الإشارة عند موت المشهود عليه أو غيبته ، وإلى الجواب عما يقال قد اعتبرتم النعمة مميزة للأعمى فيما هو أعظم خطرا من الأموال وهو وطء زوجته وجاريته فإنه لا يميزهما عن غيرهما إلا بالنعمة وذلك تناقض ، وتقرير ذلك أن الاحتراز عنها بغيرها غير ممكن مع تحقق الضرورات ، بخلاف مانع فيه ، ولا نسلم انتفاء المانع فإن انتزاعه بمحصل التعريف بالنسبة والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر ، وفيه إشارة أيضا إلى الجواب عن الميت فصار كالحلود والقصاص في كون النسبة غير مفيدة للتعريف . وأما وجه أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله المنع

(قوله لم تقبل بالاتفاق) أقول : المراد اتفاق مالك ، وإلا فسنه مقبولة قياسا على قبول روايته (قال المصنف : ولو عي بعد الأداء يمتنع القضاء) أقول : وقال أبو يوسف : لا يمتنع بل يقضى بها لأنها أديت بشرطها فلا يفتقر بالمعاد بد كالأموال المتشاهد أو غاب . وقال صدر الشريفة : وقول أبي يوسف أظهر (قوله والجواب أن من لا تقبل شهادته الخ) أقول : وإنزاع أن يمنع ذلك والتأويل بين على النزاع والمفسر عليه ظاهر إذ ليس واحد منهما أهل الأولية ، بخلاف الأعمى (قوله وسيأتي جواب آخر) أقول : في قوله ولنا أن الأداء يفترق الخ (قوله والمانع وهو عدم التعريف الخ) أقول : الظاهر أن يقال : والشرط وهو التعريف موجود (قوله وفيه أى في النعمة الخ) أقول : ويجوز إعادة الضمير إلى التمييز بالنسبة فلا حاجة إلى التأويل (قوله والمراد بالتمييز بالإشارة الخ) أقول : فيقول الكللال نوع مصادرة (قوله فصار كالحلود والقصاص) أقول : علم قبول شهادة الأعمى فيها لأنها لا يفتقر بما يقوم مقام الكبير كأمه ، وليس

لصيرورتها حجة عنده وقد بطلت وصار كما إذا خرس أو جن^١ أو فسق ، بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا . لأن الأهلية بالموت قد انتهت وبالغيبه ما بطلت (قال ولا المملوك) لأن الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره ،

النساء فأهدرت دما للخرج عنه والاكتفاء بالنسبة في تعريف الغائب دون الحاضر ، بخلاف الميت لأنه لا يمكن التجزؤ عنه بمنس الشهود ، على أن الإشارة ثم تقع إلى وكيل الغائب ووصى الميت وهو قائم مقامه ، ولا حاجة إلى الإلحاق بالحدود من جهة أن شهادة الأعمى لا تقبل فيها بالإجماع بل ما تقدم يكنى إذا رد بهيمة ما في الحدود لا يستلزم الرد بمثلها في غيرها لأن تلك محتاط في دره الحكم فيها . وأما الاستدلال بما ورد عن علي رضي الله عنه أنه رد شهادة الأعمى فيقول أبو يوسف هذه واقعة حال لا عموم لها فبجاز كونه كان في حد ونفيه ، وقيد في الأخيرة قول أبي يوسف بما إذا كانت شهادته في الدين والعقار . أما في المنقول فأجمع علمائنا أنها لا تقبل . واستشكل بكتاب القاضي إلى القاضي ، فإن الشهود لا يشيرون إلى أحد وتقبل . وأجيب بأن الشهود فيه يعرفون الشهود عليه ويقولون لو رأينا عرفناه ، والأعمى لا يعرفه ، إذ لو رآه لم يعرف حتى لو قالوا في كتاب القاضي لا نعرفه اليوم لم تقبل . وأيضا فيقول : كتاب القاضي إلى القاضي للضرورة والحاجة كما تقدم ولا ضرورة في شهادة الأعمى لما ذكرنا من إمكان الاستثناء عنه بمنس الشهود هذا . قال : فلو أدى بصيرا ثم عني قبل القضاء امتنع القضاء عند أي حنيفة وعمد رجهما الله ، لأن قيام الأهلية شرط وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده أي عند القضاء لأنها إنما تراد للقضاء فما يمنع الأداء يمنع القضاء ، والعنى والخرس والجن والفسق يمنع الأداء فيمنع القضاء ، وأبو يوسف قاسه بما إذا غاب الشاهد بعد الأداء قبل القضاء أو مات . قلنا : بالموت انتهت الشهادة ونعت بالغيبه ما بطلت ، بخلاف العنى فإنه مبطل لما . وفي المبسوط أنه لا يجوز شهادة الأخرس بإجماع الفقهاء لأن لفظة الشهادة لا تتحقق منه ، ونقض بأن الأصح من قول الشافعي رحمه الله تقبل إذا كانت فيه إشارة مفهومة ، ويقولنا قال مالك وأخذ وهو قول الشافعي ، ولا شك في تحقق التهمة في الإشارة فهو أولى بعدم القبول من الأعمى لأن في الأعمى إنما تتحقق التهمة في نسبته وهنا تتحقق في نسبته وغيره من قدر الشهود به وأمور أخر (قوله ولا تقبل شهادة المملوك) أي الرقيق ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال أحمد تقبل على الأحرار والعبيد ، وهو قول أنس بن مالك رضي الله عنه ، وهو قول غنيان النبي وإسحاق وداود . وعن علي رضي الله عنه : تقبل على مثله لا الأحرار ، والمحول عليه

القضاء بالعمى الطارئ بعد الأداء فهو أن شرط القضاء قيام أهلية الشهادة وقت القضاء لصيرورة الشهادة حجة عنده ، ولا قيام لها بالعمى فصار كما إذا خرس أو جن^٢ أو فسق ، فلأنهم أجمعوا على أن الشاهد إذا خرس أو جن^٣ أو ارتد^٤ بعد الأداء قبل القضاء لا يقضي القاضي بشهادته ، والأمر الكلي في ذلك أن ما يمنع الأداء يمنع القضاء ، لأن المقصود من أدائها القضاء وهذه الأشياء تمنع الأداء بالإجماع فتمنع القضاء : والعمى الطارئ بعد التحمل يمنع الأداء عندهما فيمنع القضاء ، وعند أبي يوسف فلا يمنع الأداء فلا يمنع القضاء (قوله بخلاف ما إذا ماتوا أو غابوا) جواب عما يقال لا نسلم أن قيام الأهلية وقت القضاء شرط ، فإن الشاهد إذا مات أو غاب قبل القضاء لا يمنع القضاء ولا أهلية عنده . ووجه ذلك أن الأهلية بالموت انتهت والشئ يقرر بانياته وبالغيبه ما بطلت (قال ولا المملوك الخ) لا تقبل شهادة المملوك لأن الشهادة ولاية متعدي ، وليس له ولاية مقصورة ، فأولى أن لا يكون له ولاية متعدي

كل ذلك الأموال ، لا يرى أنها تثبت بالنسبة في كتاب القاضي إلى القاضي مثلا فكيف يلسق بها (قال المصنف : ولا المملوك لأن الشهادة من باب الولاية) أقول : الوكالة ولاية كما يعلم من أوائل باب عزل الوكيل والهد مجعورا كان أو مأثورا يجوز وكالته داخل في جوابه .

(ولا المحدود في قذف وإن تاب) لقوله تعالى - ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا - ولأنه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى بعد التوبة كأصله ، بخلاف المحدود في غير القذف لأن الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة . وقال الشافعي رحمه الله

في المنع عدم ولايته على نفسه وما هو إلا معنى ضعيف بعد ثبوت عدالة العبد وتمام تميزه وعدم ولايته على نفسه لعارض يخصه من حق المولى للانقصاص في عقله ولا خلل في تحمله وضبطه فلا مانع . وأما ادعاء الإجماع على عدم قبوله فلم يصح . قال البخاري في صحيحه ، وقال أنس رضي الله عنه : شهادة العبد جائزة إذا كان عدلا . وأجازه شريح وزرارة بن أبي أوفى . وقال ابن سيرين : شهادة جائزة لإل العبد لسيده . وأجازه الحسن وإبراهيم ، وقال شريح كلكم بنوعيد وإماء ، إلى هنا لفظ البخاري . ولا تقبل شهادة الصبي عندنا وهو قول مالك والشافعي وأحمد وعامة العلماء . وعن مالك تقبل في الجراح إذا كانوا مجتمعين لأمر مباح قبل أن يتفروا ، ويروى ذلك عن ابن الزبير رضي الله عنه . والوجه أن لا تقبل لتقصان العقل والتمييز وربما يقدم لعلمه بعدم التكليف .

[فروع] إذا تحمل شهادة لمولاه فلم يؤدها حتى عتق فأداه بعد العتق قبلت ، كالصبي إذا تحمل فأدى بعد البلوغ ، وكذا الذي إذا سمع إقرار المسلم ثم أسلم فأدى جاز (قوله ولا المحدود في قذف وإن تاب) وقال الشافعي ومالك وأحمد تقبل إذا تاب ، والمراد بتوبته الموجبة لقول شهادته أن يكذب نفسه في قذفه ، وهل يعتبر معه إصلاح العمل ؟ فيه قولان في قول يعتبر لقوله تعالى - إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا - وقيل لا لأن عمر رضي الله عنه قال لأبي بكر تب قبل شهادتك . وقد يجاب بأن أبا بكر كان من العباد وحاله في العبادات معلوم ، فصلح العمل كان ثابتا له فلم يمت إلى التوبة بل كذاب نفسه ، وأصله أن الاستثناء في قوله تعالى - إلا الذين تابوا - ينصرف إلى الجملة الأخيرة أو إلى الكل ، والمسئلة محررة في الأصول ، وهي أن الاستثناء إذا تعقب جملة متعاطفة هل

(ولا المحدود في قذف وإن تاب لقوله تعالى - ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا -) ووجه الاستدلال أن الله تعالى نص على الأبد وهو ما لا نهاية له ، والتخصيص عليه يتنافى القبول في وقت ما ، وأن معنى قوله لم : أي للمحدودين في القذف وبالتوبة لم يخرج عن كونه محدودا في قذف ، ولأنه يعني رد الشهادة من تمام الحد لكونه مانعا عن القذف كالجلد والحد وهو الأصل يبقى بعد التوبة لعدم سقوطه بها فكذا تمتعت اعتبارا له بالأصل (قول بخلاف المحدود في غير القذف) جواب عما يقال المحدود في القذف فاسق بقوله تعالى - وأولئك هم الفاسقون - والفاسق إذا تاب تقبل شهادته كالمحدود في غير القذف . ووجه ذلك أن رد الشهادة إن كان للفسق زال بزواله بالتوبة فتقبلت كالمحدود في غير القذف ، وأما إذا لم يكن كذلك كالمحدود في القذف فإنه من تمام الحد كما ذكرنا ، وليس فاسق إذ الحكم الثابت له التوقف بقوله تعالى - إن جاءكم فاسق بنبأ فتدينوا - لا التهي عن القبول . وقال الشافعي رحمه الله : تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى - إلا الذين تابوا - استثنى الثابت والاستثناء ينصرف إلى الجميع فيكون تقديره : ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا إلا الذين تابوا . والجواب أنه متصرف إلى ما يليه وهو قوله - وأولئك هم الفاسقون - وهو

(قوله وأن معني ، إلى قوله : من كونه محمدا في قذف) أقول : لعل مراده أن نسبة أمر إلى المشتق تقيح عليه المسأله ، ففي الآية : ولا تقبلوا شهادتهم لكونهم محمدين في القذف ، وفي التوبة لا تزول عنه العلة فكذا سلوها (قال المصنف : ولأنه من تمام الحد) أقول : دليل حل المصنف مع قطع النظر عن لفظة أبدا بخلاف الدليل الأول (قال المصنف : لأن الرد للفسق) أقول : لا لأنه من تمام الحد (قوله إذ الحكم الثابت له التوقف الخ) أقول : فيه تأمل ، إذ لا منافاة بين التوقف والتهي عن القبول ، وسيجيء في شهادة أهل الأمة في هذا الباب ما يريد ما قلنا .

تقبل إذا تاب لقوله تعالى - إلا الذين تابوا - استثنى التائب . قلنا : الاستثناء ينصرف إلى ما يليه وهو قوله تعالى - وأولئك هم الفاسقون - .

ينصرف إلى الكل أو إلى الأخيرة ؟ عندنا إلى الأخيرة ، وقد تقدم ثلاث جمل هي قوله تعالى - فاجلبوهم - ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً ، وأولئك هم الفاسقون - والظاهر من عطف ولا تقبلوا أنه داخل في حيز الحد للعطف مع المناسبة وقيد التأييد . أما المناسبة فلأن رد شهادته مؤلم لقلبه مسبب عن فعل لسانه كما أنه ألم قلب المقدوف بسبب فعل لسانه ، بخلاف قوله صلى الله عليه وسلم « جلدائة وتغريب عام » فإنه لا يناسب الحد ، لأنه ربما يصلح مانعاً في المستقبل من فعله ، والتغريب مسبب ازدياد الوقوع لأنه لغريته وعدم من يعرفه لا يستحي من أحد يراقبه ، فإذا فرض أن له داعية الزنا أوسع فيه ، وكلما قيد التأييد لافائدة له إلا تأييد الرد ، وإلا لقال : ولا تقبلوا لهم شهادة . وأولئك هم الفاسقون جملة مستأنفة لبيان تعليل عدم القبول . ثم استثنى الذين تابوا ، وهذا لأن الرد على ذلك التقدير ليس إلا للفسق ويرتفع بالتوبة فلا معنى لتأييد على تقدير القبول بالتوبة . وإذا رجوع الاستثناء إلى الكل في قوله تعالى - في المحاريب - أن يقتلوا أو يصلوا - إلى قوله تعالى - إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم - حتى سقط عنهم الحد لدليل اقتضاء ، وهو قوله تعالى - من قبل أن تقدروا عليهم - فإنه لو عاد إلى الأخيرة : أعنى قوله تعالى - ولم عذاب عظيم - لم يبق لقوله - من قبل أن تقدروا عليهم - فائدة للعالم بأن التوبة تسقط العذاب ، ففائدة قوله تعالى - من قبل أن تقدروا عليهم - ليس إلا سقوط الحد ، وهذا لأننا نقول يعود الاستثناء إلى الأخيرة فقط إذا تجرد عن دليل عوده إلى الكل ، فأما إذا اقترن به عاد إليها كما يقول هو إن عوده إلى الكل إذا تجرد عن دليل عوده إلى الأخيرة فقط ولو اقترن به عاد إليها فقط ، وحينئذ فالقياس على سائر الحدود غير صحيح لأنها لم تقترن بما يوجب أن الرد من تمام الحد فكان قياساً في مقابلة النص . لا يقال : رد الاستثناء إلى الجملة الأخيرة بنى الفائدة لأنه معلوم شرعاً أن التوبة تزيل الفسق بغير هذه الآية . لأننا نقول : كون التوبة تزيل استحقاق العقاب بعد ثبوته لا يعرف عقلاً بل سمعاً ، وذلك ليزاد ما يذل عليه من السمع وهذا منه ، وكون آية أخرى تفيد لا يضر للقطع بأن طريق القرآن تكرار الدوال خصوصاً إذا كان مطلوب التأكيد - كأقيدوا الصلاة - وقد تكرر قوله تعالى - إلا الذين تابوا - لذلك الغرض ، ففي آية - إلا الذين تابوا - إلى قوله - فأولئك أتوب عليهم وأنا التواب الرحيم - وفي أخرى - إلا من تاب وآمن - إلى قوله تعالى - فأولئك يدخلون الجنة ولا يظلمون شيئاً - وفي أخرى - إلا من تاب - إلى قوله تعالى - فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات - ومواضع أخرى عديدة ، ولم يسع أن يقال في أحدها قد عرف هذا بآية أخرى فلا فائدة في هذا إلا من أقدم على الكثر والعياذ بالله تعالى ، وإنما كان هذا منه تعالى رحمة للعباد ليؤكد هذا المعنى ، ولأنه إذا لم يذكره إلا في موضع واحد ففسى أن لا يسمعه بعض الناس ، فلماذا تعددت مواضعه فن لم

ليس بمعطوف على ما قبله لأن ما قبله ملتبس وهو إخباري . فإن قلت : فاجعله بمعنى الطلبي ليصح كما في قوله تعالى - وبوالدين إحساناً - قلت : يأباه ضمير الفصل ، فإنه يفيد حصر أحد المستدين في الآخر وهو يؤكد الإخبارية . سلمناه لكن يلزم جعل الكلمات المتعددة كالكلية الواحدة وهو خلاف الأصل ، سلمناه لكنه كان إذا ذكره فلا يرتفع بالتوبة

(قوله فإن قلت : فاجعله بمعنى الطلبي الخ) أقول : أي بمعنى فسقوا ، فضعف الكلام حينئذ فاجلبوهم ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وفسقوهم ، ويكون إظهار صيغة الإخبار للعبارة (قوله كما في قوله - وبوالدين إحساناً -) أقول : حيث أول بأحسنوا (قوله سلمناه لكنه كان إذا ذكره فلا يرتفع بالتوبة) أقول : لا يلزم من كونه جزءاً أن يكون حداً فإن الحد هي القوة المقيدة وعدم قبول الشهادة ليس كذلك ،

أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن (ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته) لأن للكافر شهادة فكان ردّها من تمام الحد ، وبالإسلام حدث له شهادة أخرى ، بخلاف العبد إذا حد ثم اعتق لأنه لا شهادة للعبد أصلاً فتقام حده بردّ شهادته بعد العتق

يسمع تلك الآية سمع تلك ، ومن لم يسمع تلك سمع أخرى فكان في تعداد إفادة هذا المعنى نصب مظنة علمه لكل أحد مع تأكيد جانب عفوّه لاخصي ثناء عليه ؛ وأما ما عن عمر رضي الله عنه أنه قال لأبي بكره تب أقبل شهادتك ففي تبوته نظر ، لأن راويه عمرو بن قيس ، ولو تركنا النظر في ذلك كان معارضاً بما قاله لأبي موسى الأشعري في كتابه له : والمسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلا مجلود في قذف ، أو مجرباً في شهادة زور ، أو ظانيناً بقرابة . وقد قلنا عنه عليه الصلاة والسلام من رواية ابن أبي شبة قوله صلى الله عليه وسلم : المسلمون عدول بعضهم على بعض ، إلا مجلوداً في قذف ، وبقولنا قال سعيد بن المسيب وشريح والحسن وإبراهيم التيمي وسعيد بن جبير ، وهكذا روى عن ابن عباس رضي الله عنهم . قال المصنف (أو هو استثناء منقطع) وذلك لأن التائبين ليسوا داخلين في الفاسقين ، فكانه قيل : وأولئك هم الفاسقون لكن الذين تابوا فإن الله غفور رحيم : أي يغفر لهم ويرحمهم ، وإذا كان الرد من تمام الحد لكونه مانعاً : أي زاجراً يبقّى بعد التوبة كأصله : أي كأصل الحد فإنه لا يسقط بالتوبة ، فكذلك ما كان تماماً له . وفي الميسر : الصحيح من المذهب عندنا أنه إذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد تقبل شهادته (قوله ولو حد الكافر في قذف ثم أسلم تقبل شهادته لأن للكافر شهادة) في الجملة

كأصل الحد وهو تناقض ظاهر : سلمناه لكنه كان أبداً مجازاً عن مدة غير متطاولة وليس بمعهود . سلمناه لكن جملة مجازاً ليس بأولى من جعل الاستثناء منقطعاً بل جملة منقطعاً أولى دفعاً للمحجورات ، وتام العثور على هذا المبحث يقتضي مطالعة تقريرنا في تقريرنا في الاستدلالات الفاسدة ، قوله (ولو حد الكافر) يعني إذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على الكفار ، فإذا أسلم جازت شهادته مطلقاً لأن للكافر شهادة على مثله ، ومن له ذلك وحد في القذف كان ردّ شهادته من تمة حده ، وبالإسلام حدث له شهادة مطلقة غير الأولى فلا يكون الرد من تمامها ، والعبد إذا حد في القذف ثم اعتق لا تقبل شهادته لأنه لم يكن له شهادة إلا ما كان بعد العتق فيجعل ردها من تمام حده ، وطولب بالفرق بين مسلم زني في دار الحرب فخرج إلى دار الإسلام وبين العبد إذا حد في القذف حيث جعل القذف قائماً في حقه إلى حصول أهلية الشهادة ولم يعمل ألزماً قائماً إلى حصول نفوذ الولاية ، وفرق بينهما بأن الزنا لم ينقد موجباً في دار الحرب للحد لانقطاع الولاية فلا ينقلب موجباً ، والقذف موجب في حقه الأصل فيوجب الوصف عند إمكانه . واعترض على كلام المصنف بأنه لا فائدة في تقييد الحد بكونه قبل الإعتاق ، لأنه إذا حد بعد الإعتاق ترد الشهادة أيضاً للاقاة الحد وقت قبول الشهادة فأوجب الرد . وأما إذا قذف

مع أن أصل الحد هنا يسقط بفقر الموقوف وإحلاله المشار إليه بقوله تعالى - وأسلموا - فإن من جملة الإصلاح الاستحلال ، أشير إليه في التلويح (قوله لكنه كان أبداً مجازاً الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه باق على حقيقته في حق غير التائب الذي هو الباقي بعد التوبة والتهني من القبول بالنسبة إلى شهادتهم فليأخذ (قال المصنف : أو هو استثناء منقطع بمعنى لكن) أقول : قال العلامة النسي في الكافي : لأن التائبين ليسوا من الفاسقين ، فكان مناه ؛ ولكن الذين تابوا فإن الله يغفر لهم ذنوبهم ويرحمهم ، فكان كلاماً مبيناً غير متعلق بما قبله النهي . وفي قوله لأن التائبين الخ بحث ظاهر ، إذ له أن يقول : الاستثناء من قوله أولئك وهو الظاهر كما في أمثاله (قوله في الاستدلالات الفاسدة) أقول : في باب وجوه الوقوف على أحكام النظم (قوله والقذف موجب في حق الأصل) أقول : أراد من الأصل الجمله .

(قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده ، ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « لا تقبل شهادة الولد لولده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لسيده ولا الأجير لمن استأجره » ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز أداء الزكاة إليهم فتكون شهادة

فكان ردها من تمام شهادته ، وبالإسلام حدثت له شهادة أخرى بخلاف العبد إذا حدث في تذف ثم أعنت لا تقبل شهادته ، لأنه لم تكن له شهادة إذ ذاك ، فإم كون تتميم حده برد الشهادة التي تجددت له . وقد طوّل بالفرق بينه وبين من زنى في دار الحرب ثم خرج إلى دار الإسلام لا يجد حيث توقف حكم الموجب في العبد إلى أن أمكن ولم يتوقف في الزنا في دار الحرب إلى الإمكان بالخروج إلى دار الإسلام . أوجب بأن الزنا في دار الحرب لم يقع وجبا أصلا لعدم قدرة الإمام ، فلم يكن الإمام مخاطبا بإقامته أصلا لأن القدرة شرط التكليف ، فأوحده بعد خروجه من غير سبب آخر كان بلا موجب ، وغير الموجب لا يتقلب وجبا بنفسه خصوصا في الحد المطاوب دروه . أما قذف العبد فهو جرح حال صدوره للحد غير أنه لم يمكن تمامه في الحال فتوقف تتميمه على حدوثها بعد العتق . قال في المبسوط بعد أن ذكر فرق المصنف : هذا الفرق على الرواية التي يقبل فيها خبر الحدود في القذف في البيانات ، أما على رواية المتيقن أن لا تقبل فالفرق أن الكافر بالإسلام استفاد عدالة لم تكن موجودة عند إقامة الحد ، وهذه العدالة تمصر عبرة وإقامة الحد ، بخلاف العبد فإنه بالعتق لا يستفيد عدالة لم تكن من قبل وقد صارت عدالته عبرة وإقامة الحد . ثم لا فائدة في تعقيد الجواب في العبد بكثرة العتق بعد الحد في قوله إذا حدث ثم أعنت ، لأنه لو لم يجد حتى عتق فحد لا تقبل أيضا ، ولكن وضعه كذلك لأنه سيق ليان الفرق بينه وبين الكافر ، والكافر أو قتل مسلما ثم أسلم ثم حذر لم تقبل شهادته ، ولو حدث بعض الحد في حال كفره وبعضه في حال إسلامه ففيه اختلاف الراويين . ومر في حد القذف وفي هذه المسئلة ثلاث روايات : لا تسقط شهادته حتى يقام عليه تمام الحد ، تسقط إذا أقيم أكثره ، تسقط إذا ضرب سوطا لأن من ضرورة ذلك القدر الحكم شرعا بكذبه (قوله ولا شهادة الوالد) وإن علا لولده وإن سفل (ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده) أما الولد من الرضاع فتقبل الشهادة له . قال المصنف : والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم « لا تقبل » الخ . وهذا الحديث غريب ، وإنما أخرجه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق من قول شريح قال : لا تجوز شهادة الابن لأبيه ، ولا الأب لابنه ، ولا المرأة

الكافر مسلما ثم أسلم فحد في حال إسلامه لم تقبل شهادته ، ولو حدث قبل الإسلام قبلت فكان ذكر الحد قبل الإسلام مفيدا . والجواب أن فائدته تطبيق المسئلتين في عروض ما يعرض بعد الحد مع وقوع الاختلاف المخرج إلى الفرق . وأما أن الشهادة لا تقبل بعد الإعتاق كما أنها لا تقبل قبله فلا منافاة فيه . قال (ولا تقبل شهادة الوالد لولده وولد ولده ، ولا شهادة الولد لأبويه وأجداده لقوله صلى الله عليه وسلم ولا تقبل شهادة الولد لولده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لسيده ولا الأجير لمن استأجره) قيل : ما فائدة قوله لسيده ، فإن العبد لا شهادة له في حق أحد . وأجيب بأنه ذكره على سبيل الاستطراد ، فإنه عليه الصلاة والسلام لما عد مواضع التهمة ذكر العبد مع السيد فكانه قال : لو قبلت شهادة العبد في موضع من المواضع على سبيل القرض لم تقبل في حق سيده ، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة ولهذا لا يجوز دفع الزكاة

(قوله لا تقبل شهادة الوالد الخ) أقول : وماك يخالفنا في قرابة الولاد . وهو يعبر بها بالشهادة عليهم كما في التوبة والكا في وشرح الكثر للزيلعي . وقال العلامة للكا في في سراج النارية : ما وجدت هذا في الكتب المشهورة لأصحاب مالك رحمه الله .

لنفسه من وجه أو يتمكن فيه التهمة . قال العبد الضعيف : والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذى بعد ضرر أستاذة ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لاشهادة للقانع بأهل البيت » وقيل المراد الأجير مسانئة أو مشاهرة أو مياومة فيستوجب الأجر بمنافعه عند أداء الشهادة فيصير كالمستأجر عليها .

ازوجها ، ولا الزوج لأمراته ، ولا الشريك لشريكه فى الشيء بينهما لكن فى غيره « ولا الأجير لمن استأجره » ولا العبد لسيده انتهى . وقال ابن أبى شيبة : حدثنا وكيع عن سفيان به وأخرجنا نحوه عن إبراهيم النخعي ، لكن الخصاف وهو أبو بكر الرازى الذى شهد له أكابر المشايخ أنه كبير فى العلم رواه بسنده إلى عائشة رضى الله عنها : ثنا صالح بن زريق وكان ثقة : ثنا مروان بن معاوية الفزاري عن يزيد بن زياد الشامي عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة الوالد لولده ، ولا الولد لوالده ، ولا المرأة ازوجها ، ولا الزوج لأمراته ، ولا العبد لسيده ، ولا المديد لعبده ، ولا الشريك لشريكه ، ولا الأجير لمن استأجره » انتهى . وقد فسر فى رواية شريح أمر الشريك . وذكر المصنف أيضا عنه صلى الله عليه وسلم « لاشهادة للقانع بأهل البيت » وهو بعض حديث رواه أبو داود فى سننه عن محمد بن راشد عن سايان بن موسى عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة وذى الغمر على أخيه وشهادة القانع بأهل البيت وأجزأها غيرهم . قال أبو داود : الغمر للشحناء ، وكذا رواه عبد الرزاق فى مصنفه ، وعنه رواه أحمد قال فى التنقيح : محمد بن راشد وثقه أحمد بن حنبل ويحيى بن معين وغيرهما ، وتكلم فيه بنفص الأئمة ، وقد تابعه غيره عن سليمان ، ورواه عن عمرو بن شعيب الحجاج بن أوطاة فى ابن ماجه وآدم بن فائد فى الدارقطني ، ولم يذكر فى القانع . وأخرج الترمذى عن يزيد بن زياد الدمشقي عن الزهرى عن عروة عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تجوز شهادة خائف ولا خائنة ، ولا مملود حدا ، ولا ذى عمر على أمية ، ولا مجرب بشهادة زور ، ولا القانع بأهل البيت ، ولا خائن فى ولاء ولا قرابة » انتهى . وقال : خريب لانعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي ، وهو يضعف فى الحديث . قال : والغدر العداوة انتهى . وقال أبو عبيد : الغمر العداوة ، والذائع التابع لأهل البيت كالحادم لم . قال : يعنى ويطلب معاشه منهم . والظنين : انهم فى دينه . فهذا الحديث لا ينزل عن درجة الحسن . فإذا ثبت رد القانع وإن كان عدلا فالولد

إليهم ، واتصالها يوجب أن تكون الشهادة لنفسه من وجه أو أن يتمكن فيه شبهة . قال المصنف رحمه الله (والمراد بالأجير على ما قال المشايخ هو التلميذ الخاص الذى بعد ضرر أستاذة ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه) قيل : التلميذ الخاص هو الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجرة معلومة ، وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام « لاشهادة للقانع بأهل البيت » من القنوع لأنه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم . وقيل المراد به الأجير مسانئة أو مشاهرة ، وهو الأجير الواحد فيستوجب : أى فإنه إذا كان كذلك يستوجب الأجر بمنافعه ، وأداء الشهادة من جملتها فيصير كالمستأجر عليها ، وهو استحسان ترك به وجه القياس وهو قبولها لكونها شهادة عدل لغيره من كل وجه ، إذ ليس له فيها شهد فيه ملك ولا حق ولا شبهة اشتباه بسبب اتصال المتافع ، ولهذا جاز شهادة الأستاذ له ووضع الزكاة فيه ، لكن الإجماع المنعقد على قول واحد من السلف حجة يترك به القياس . وأما شهادة الأجير المشترك فقبولة

(قال المصنف : أو تمكن فيه الشبهة) أقول : فيه كلام ، وفى بعض النسخ : أو تمكن فيه التهمة : أى تهمة الميل وهو المراد بالشبهة (قوله من القنوع) أقول : لا من القناعة .

قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر) وقال الشافعي رحمه الله: تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدى متحيزة ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ، ولا معتبرا بما فيه من الصف لثبوته ضمنا كما في الغريم إذا شهد للمدينه المفاس .

والوالد ونحوهما أولى بالرد ، لأن قرابة الولاد أعظم في ذلك فيثبت حينئذ رد شهادتهم بدلالة النص ، ويكون دليلا على صحة حديث الرملى المذكور فيه « ولا ظنين في ولاء ولا قرابة » وإن كان راويه مضعفا ، إذ ليس الراوى الضعيف كل ما يرويه باطل إنما يرد تهمة الغلط لضعفه . فإذا قامت دلالة أنه أجاد في هذا المتن وجب اعتباره صحيحا وإن كان من روايته ، ولأن المنافع بين الأولاد والآباء متصلة فتكون شهادة لنزاهة من وجه ، ولكون قرابة الولاد كنفسه من وجه لم يجز شرعا وضع الزكاة فيهم ، وعلى هذا كان شريع حتى رد شهادة الحسن رضى الله عنه حين شهد مع قبر لملى رضى الله عنه فقال على : أما سمعت أنه صلى الله عليه وسلم قال للحسن والحسين « هما سيدا شباب أهل الجنة قال : نعم صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولكن انت بشاهد آخر ، فقبل عزله ثم أعاده وزاد في رزقه « فقبل رجع على رضى الله عنه إلى قوله . وقوله والمراد بالأجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذى بعد ضرر أساتذته ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه ، وهو معنى قوله صلى الله عليه وسلم « لا شهادة للقانع بأهل البيت » وقد ذكرناه . وفي الخلاصة : والتلميذ الخاص الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجرة معاومة . وقيل المراد بالأجير الأجير مسانئة أو مشاهرة أو معاومة ، لأنه إذا كانت إجارته على هذا الوجه دخلت بمنعته التى هى الأداء فى أجرته فيكون « موصيا الأجير بها فيصير كالمستأجر عليها لأن العقد وقع موصيا بتملك منافعه ، ولهذا يستحق الأجرة بمسلم نفسه وإن لم يعمل ، بخلاف الأجير المشترك حيث تقبل شهادته للمستأجر لأن العقد لم يقع موصيا بتملك منافعه بل وقع على عمل معين له ، ولهذا لا يستحق الأجرة حتى يعمل طافرا . وفى العيون : قال محمد رحمه الله فى رجل استأجر رجلا يوما واحدا فشهد له الأجير فى ذلك اليوم : القياس أن لا تقبل ، ولو كان أجيرا خاصا فشهد فلم يعمل حتى ذهب الشهر ثم عدل قال أبطلها كرجل شهد لامرأته ثم طلقها ، ولو شهد ولم يكن أجيرا ثم صار أجيرا له قبل أن يقضى فإن أبطل شهادته فإن لم تبطل حتى بطلت الإجارة ثم أعاد الشهادة جازت ، كالمرأة إذا طلقها قبل أن ترد شهادته ثم أعادها تجوز . وما فى زيادات الأصل من قوله تقبل شهادة الأجير محل على الأجير المشترك كما حل ما فى كتاب كفالة الأصل لا تجوز شهادة الأجير على الأجير الخاص لما فى نوادر ابن رستم قال محمد : لا أجيز شهادة الأجير مشاهرة وإن كان أجيرا مشترك قبلت شهادته اهـ . وأما شهادة الأستاذ للتلميذ والمدة تاجر للأجير فقبوله لأن منافعهما ليست بمملوكة للمشهد له (قوله ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر)

لأن منافعه غير مملوكة لأستاذة ، ولهذا له أن يؤثر نفسه من غيره فى ملة الإجارة . قال (ولا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر ، وقال : الشافعى تقبل لأن الأملاك بينهما متميزة والأيدى متحيزة) أى يد كل واحد منهما مجتمعة بنفسها غير متفرقة فى ملك الآخر غير متعلية إليه ، ولهذا يقتضى من أحدهما للآخر ويجبس بدنيه ، وكل من كان كذلك تقبل شهادته فى حق صاحبه كالأخوين وأولاد العم وغيرهم . لا يقال : فى قبول شهادة أحدهما للآخر نفع للشاهد لأن كل واحد منهما يعد نفع صاحبه نفع نفسه ، لأن ذلك ليس بقصدى بل حصل فى ضمن الشهادة فلا يكون معتبرا . كروى الدين إذا شهد لمن عليه الدين وهو مفلس فلها تقبل ، وإن كان له فيه نفع لحصوله ضمنا

(قال المصنف : والأيدى متحيزة) أقول : قال ابن الممام : أى يد كل منهما فى حيز غير حيز الأخرى ، فهى مجموعة عنه من حيز الأخرى .

ولنا ما روينا ، ولأن الانتفاع متصل عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير منهما ، بخلاف شهادة الغريم لأنه لا ولاية على المشهود به ،

ولو كان المشهود له من الزوجة أو الزوج مملوكا : وقال الشافعي : تقبل ، ويقولنا قال مالك وأحمد . وقال ابن أبي ليلى والثوري والنخعي : لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لأن لها حقا في ماله لوجوب نفقتها ، وتقبل شهادة الزوج لما لعلم التهمة . وجه الشافعي أن الأملك بينهما متميزة والأيدى متحدة : أي كل يد في حيز غير حيز الأخرى فهي ممنوعة عنه من خاز الشيء منه فلا اختلاط فيها ولهذا يجري بينهما القصاص والحبس بالدين ، ولا معتبر بما بينهما من المنافع المشتركة لكل منهما بما لا الآخر لأنه غير مقصود بالإنكاح لأنه لم يقصد لأن يدفع كل منهما بما لا الآخر ، وإنما ثبت ذلك تبعا للمقصود عادة وصار كالغريم إذا شهد المدينون له القصاص بما لا على آخر تقبل مع توهم أنه يشاركه في منفته . ولنا ما روينا من قوله صلى الله عليه وسلم « ولا المرأة لزوجها ، ولا الزوج لامرأته » وقد سمعت أنه من قول شريح ومرفوع من رواية الخصاص ، ولو لم يثبت فيه نص كفى المعنى فيه ، ولحقاقه بقرابة الولاد في ذلك الحكم يجامع شدة الاتصال في المنافع حتى يعد كل غنيا بما لا الآخر ، ولما قال تعالى - ووجدك عائلا فأغني - قبل بما لا خديعة رضى الله عنها ، بل ربما كان الاتصال بينهما في المنافع والائتلاف فيها أكثر مما بين الآباء والأولاد ، بل قد يعادى أبويه لرضاء زوجته وهي لرضاء ، ولأن الزوجية أصل الولاد لأن الولادة عنها تثبت فيلحق بالولاد فيها يرجع إلى معنى اتصال المنافع كما أعطى كسر بيض الصيد حكم قتل الصيد عندنا ، بخلاف القصاص لأن بعد الموت لا زوجية . وفي المحيط : لا تقبل شهادته باعتدته من رجعي ولا بائن لقيام الإنكاح في بعض الأحكام . وأشهد أحدهما للآخر في حادثة فردت فارتفعت الزوجية فأعاد تلك الشهادة تقبل ، بخلاف ما لو ردت لفقت ثم تاب وصار عدلا وأعاد تلك الشهادة لا تقبل ، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الأصح ، لأن القاضي لما ردها صار مكذبا في تلك الشهادة شرعا فلا تقبل ، بخلاف شهادة العبد والكافر والصبي إذا ردت ثم اعتق وأسلم وبلغ وأعادها تقبل ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك وهو رواية عن أحمد : لا تقبل كالدرد للفسق . قلنا : رد شهادتهم لعدم الأهلية لا لثمة الكذب وهي كافية في الرد ، فإذا صاروا أهلا تقبل . ولو قيل الرد في الفسق لا يستلزم الحكم بكذبه بل مجرد تهمة به ، وبالإعادة في العدالة ترتفع تهمة كذبه في تلك الشهادة بعينها فيجب قبولها احتجاجا إلى الجواب ، فصار الحاصل : كل ماردت شهادته لمعنى وزال ذلك المعنى

(ولنا ما روينا) من حديث عائشة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم قال « لا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته » (ولأن الانتفاع متصل) ولهذا لو وطئ جارية امرأته وقال ظننت أنها تحمل لا يحد (وهو أي الانتفاع هو المقصود) من الأموال (فيصير شاهدا لنفسه من وجه أو يصير منهما) في شهادته يجرّ النفع إلى نفسه وشهادة المهر مردودة (قوله بخلاف شهادة الغريم) جواب عما ذكره الشافعي . وجهه أن الغريم لا ولاية له على المشهود به إذ هو مال المدينون ولا تصرف له عليه ، بخلاف الرجل فإنه لكونه قواما عليها هو الذي يتصرف في مالها عادة . لا يقال : الغريم إذا ظفر بجنس حقه يأخذه ، لأن الظفر أمر موهم وحق الأخذ

بجمه فلا اختلاط فيها انتهى . وفي القاموس وغيره : يحوز و تحيز بمعنى تنهى انتهى . وهذا المعنى هو الأنسب هنا (قوله بخلاف الرجل لكونه قواما) أقول : وبخلاف المرأة فإن لها حق الأخذ للنفقة والظفر ليس موهوما .

(ولا شهادة المولى لعبده) لأنه شهادة لنفسه من كل جهة إذا لم يكن على العبد دين أو من وجه إن كان عليه دين لأن الحال موقوف مراعى (ولا لمكاتبه) لما قلنا (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لأنه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما ، ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتهاء التهمة (وتقبل شهادة الأخ لأخيه وعمه لانعدام التهمة لأن الأملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطة لبعضهم في مال البعض .

لا تقبل إذا أعادها بعد زوال ذلك المعنى ، إلا العبد إذا شهد فرداً والكافر والأعشى والصبي إذا شهد كل منهم فرد ثم اعتق وأسلم وأبصر وبلغ فشهدوا في تلك الحادثة بيمينها تقبل ولا تقبل فيما سواهم ، وتقبل لأم امرأته وأبيها ولزوج بنته ولا امرأة ابنه ولا امرأة أبيه ولاخت امرأته (قوله ولا شهادة المولى لعبده) لما تقدم من رواية الخصاف ، ولأنه شهادة لنفسه من كل وجه إذا لم يكن على العبد دين ومن وجه إذا كان ، ولأن الحال : أى حال مال العبد فيما إذا كان عليه دين موقوف مراعى بين أن يصير للفرعاء بسبب بيعهم المال في دينه وبين أن يبقى للمولى بسبب قضائه دينه ، وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب وهو قول الأئمة الثلاثة . وقوله لما قلنا : يعنى من أنه شهادة لنفسه من كل وجه أو من وجه . وفي للبسوط : وكذا لا تقبل شهادة أبى المولى وابنه وامرأته لحولاء ، وكذا شهادة المرأة لزوجها المملوك على ما قدمناه ، وكان مقتضى القياس أن تقبل لأنها في الحقيقة شهادة لسيده لكن منعه للفظ النص السابق « ولا الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما » بخلاف ما ليس من شركتهما حيث تقبل لانتهاء التهمة غير أن هذا لا يتحقق في الشريك المقاوص لأن كل شيء هو من شركتهما ولذا قالوا : لا تقبل إلا في الخلود والقصاص والنكاح والعناق والطلاق ، لأن ماسوى هذه مشترك بينهما ، وينبى أن تزد الشهادة بما كان من طعام أهل أحدهما أو كسوتهما لأنه لا شركة بينهما فيه (قوله وتقبل شهادة الأخ لأخيه : وعمه) قيل بلا خلاف ، لكن قال شمس الأئمة في شرح أدب القاضى من السلف : من قال لا تقبل شهادة الأخ لأخيه ، ولا شك في ضعف التهمة لأنه لا بسوطة وليس مظنة ملزومة للإلف ، بل كثيرا ما يكون بينهم العداوة والبغضاء ، وكل قرابة غير الولاد كالحال

بناء عليه ولا كذلك الزوجان . قال (ولا شهادة المولى لعبده الخ) لا تقبل شهادة المولى لعبده لما روينا ، ولأن شهادته له شهادة لنفسه من وجه أو من كل وجه ، وذلك لأنه لا يخلو إما أن يكون على العبد دين أو لا ، فإن كان الأول فهى له من وجه لأن الحال موقوف مراعى بين أن يصير العبد للفرعاء بسبب بيعهم في دينهم وبين أن يبقى للمولى كما كان بسبب قضاء دينه ، وإن كان الثانى فهى له من كل وجه لأن العبد وما يملك لحولاء (ولا) تقبل شهادة المولى (لمكاتبه لما قلنا) من كون الحال موقوفاً مراعى لأنه إن أدعى بدل الكتابة صار أجنبياً ، وإن لم يؤد عاد رقيقاً فكانت شهادة لنفسه (ولا شهادة الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لأنه يصير شاهداً لنفسه في البعض وذلك باطل ، وإذا بطل البعض بطل الكل لكونها غير متجزئة إذ هى شهادة واحدة (ولو شهد بما ليس من شركتهما قبلت لانتهاء التهمة) قيل : هذا إذا كانا شريكين حنان . أما إذا كانا متواضعين فلا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه إلا في الخلود والقصاص والنكاح ، لأن ماعداها مشترك بينهما فكان شهادته لنفسه من وجه . قال (وتقبل شهادة الأخ لأخيه الخ) تقبل شهادة الأخ لأخيه وشهادة الرجل لعمه ولسائر الأقارب غير الولاد لانتهاء التهمة

(قوله قيل هذا الخ) أقول : أى يقول شهادة الشريك وهذا القيل لصاحب التهمة (قوله هذا إذا كانا شريكين حنان الخ) أقول : فيه بحث ، لأنه إذا كانا معانداً مشتركاً يدخل في عموم قوله فيما هو من شركتهما ويدخل الخلود والقصاص والنكاح في قوله ما ليس من شركتهما فيدخل كلام المصنف شركة المفوضة أيضاً فلا وجه للإخراج فأنزل ، إلا أن تنص بالأبلاك بقرينة السياق ، ثم إن قوله لأن ماعداها مشترك بينهما غير صحيح ، فإنه لا يدخل في الشركة إلا الفرعاء والخلائير ولا يدخل فيه القارب ولا العروس ، وهذا قالوا :

قال (ولا تقبل شهادة الخنث) ومراده الخنث في الردى من الأفعال لأنه فاسق ، فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة (ولا نائمة ولا مغنية) لأنهما يرتكبان محرما فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين النائمة والمغنية (ولا لمن الشرب على اللهو) لأنه ارتكب محرما دينه .

والحالة وغيرهما كالآخ تقبل فيه الشهادة (قوله ولا تقبل شهادة الخنث ، ومراده الخنث في الردى من الأفعال) وهو التشبه بالنساء تعمدًا لذلك في تزيينه وتكسير أعضائه وتلين كلامه كما هو صفتهن لكون ذلك معصية . روى أبو داود بإسناده إلى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لن الله الخنثين من الرجال والمترجلات من النساء» يعني التشبهات بالرجال ، فكيف إذا تشبه بهن فيها هو أقبح من ذلك ، فأما الذي في كلامه لين خلقة وفي أعضائه تكسر خلقة فهو عدل مقبول الشهادة (قوله ولا نائمة ولا مغنية) هذا لفظ القدروري ، فاطلق ثم قال بعد ذلك : ولا من يغني الناس ، فورد أنه تكرر لعلم ذلك بما ذكر من قوله مغنية . والوجه أن اسم مغنية ومعن إنما هو في العرف لمن كان الغناء حرفته التي يكتبسب بها المال ؛ ألا ترى إذا قيل ما حرفته أو ماصناعته يقال معن كما يقال خياط أو حداد ، فاللفظ المذكور هنا يراد به ذلك غير أنه خص الموثب به ليوافق لفظ الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم «لن الله النائمات ، لن الله المغنيات» ومعلوم أن ذلك لو وصف التغني لا لو وصف الأنوثة ولا للتغني مع الأنوثة ، لأن الحكم المرتب على مشتق إنما يفيد أن وصف الاشتقاق هو العلة فقط لا مع زيادة أخرى . نعم هو من المرأة أفحش لرفع صوتها وهو حرام ، ونصوا على أن التغني للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف ، ومثل هذا لفظ النائمة صار عرفا لمن جعلت النايحة مكسبة ، وحينئذ كأنه قال : لا تقبل شهادة من اتخذ التغني صناعة يأكل بها لمن لم يكن ذلك صناعته ، ولذا علله في الكتاب بأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة . وفي النهاية أن الغناء في حقهن مطلقا حرام لرفع صوتهن وهو حرام فلذا أطلق في قوله مغنية ، وقيد في غناء الرجال بقوله للناس . ولا يجزئ أن قوله من يغني للناس لا يخص الرجال لأن من تطلق على الموثب خاصة فضلا عن الرجال والنساء معا ، وكون صلتها وقعت بتدكير الضمير في قوله يغني بالياء من تحت لا يوجب خصوصه بالرجال

ببائين الأملاك ومناقعها (ولا تقبل شهادة خنث وهو في العرف من عرف بالردى من الأفعال) أي الخنث من اللواط (فأما الذي في كلامه لين وفي أعضائه تكسر فهو مقبول الشهادة ولا نائمة ولا مغنية) لا ارتكابهما المحرم طمعا في المال . والدليل على الحرمة نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الصوتين الأحمقين النائمة والمغنية وصف الصوت بصفة صاحبه ، والمراد بالنائمة التي تنوح في مصيبة غيرها واتخذت ذلك مكسبا . والتغني للهو معصية في جميع الأديان . قال في الزيادات : إذا أوصى بما هو معصية عندنا وعند أهل الكتاب وذكر منها الوصية للمغنين والمغنيات خصوصا إذا كان الغناء من المرأة فإن نفس رفع الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء إليه ، ولهذا لم يقيدها هنا بقوله للناس وقيد به فيما ذكر بعد هذا في غناء الرجل (ولا مدمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرما دينه)

لوهب لأحدهما مال غير الدرهم والفقانير لا تبطل الشركة لأن المساواة فيه ليست بشرط (قال المصنف : « فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين » (الخ) أقول : أي صوت للمغنية يقتدر المضاف أو يكون من قبيل - عيشة راضية - (قوله فإن وقع نفس الصوت منها حرام فضلا عن ضم الغناء إليه ولهذا لم يقيدها هنا) أقول : فيبحث لأن المراد بالمغنية التي اتخذت ذلك مكسبا فلا حاجة إلى التقييد ، ولكن المراد هو ذلك علة للشارح بقوله لا ارتكابها المحرم طمعا في المال فأسرع مائتي ، ثم مذكروه جاز في التوح يمينه فإياه لم يكن سقطا للعلة إذا ناحت في مصيبة نفسها فلا بد أن يكون المراد منها في مسئلة الزيادات من كان التغني مكسبا فليأمل (قوله ولا لمن الشرب على اللهو لأنه ارتكب محرما دينه)

(ولا من يلعب بالطيور) لأنه يورث غفلة ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعوده على سطحه ليطير طيره
وفي بعض النسخ : ولا من يلعب بالطنبور وهو المني (ولا من يغني للناس) لأنه يجمع الناس على ارتكاب كبيرة :

لما عرف أنه يجوز في ضميرها مراعاة المعنى ومراعاة اللفظ ومراعاة اللفظ أولى وإن كان المعنى على التأنيث ، فكيف إذا
كان المعنى أعم من المؤنث والمذكر . فإن قلت : تعليل المصنف رحمه الله بجمع الناس على كبيرة يقتضي أن التغني
مطلقا حرام وإن كان مفاده بالذات أن الاستماع كبيرة لأنهم إنما يجتمعون على الاستماع بالذات إلا أن كون الاستماع
محراما ليس إلا حرمة المسموع ، وليس كذلك فإنه إذا تغنى بحيث لا يسمع غيره بل نفسه ليدفع عنه الوحشة لا يكره .
وقيل ولا يكره إذا فعله ليستفيد به نظم القوافي ويصير فصيح اللسان . وقيل ولا يكره للاستماع الناس إذا كان
في العرس والولية ، وإن كان فيه نوع لحو بالنص في العرس . فالجواب أن في التغني لإسماع نفسه ولدفع الوحشة
خلافاً بين المشايخ . منهم من قال : لا يكره ، إنما يكره ما كان على سبيل اللهو احتجاجاً بما عن أنس بن مالك رضي
الله عنه أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وكان من زهاد الصحابة وكان يتغنى ، وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي رحمه
الله . ومن المشايخ من كره جميع ذلك ، وبه أخذ شيخ الإسلام ، ويحمل حديث البراء بن مالك أنه كان ينشد
الأشعار المباحة التي فيها ذكر الحكم والمراعاة ، فإن لفظ الغناء كما يطلق على المعروف يطلق على غيره . قال صلى
الله عليه وسلم « من لم يتغن بالقرآن فليس منا » وإنشاد المباح من الأشعار لا بأس به . ومن المباح أن يكون فيه

والمراد به كل من أضمن على شرب شيء من الأشربة المحرمة خمرًا كانت أو غيرها مثل السكر وتقيع الزبيب
والمصنف . وشرط الإيمان ليظهر ذلك عند الناس ، فإن المهم بشرب الخمر في بيته مقبول الشهادة وإن
كان كبيرة (ولا من يلعب بالطيور لأنه يورث غفلة لا يؤمن بها على الإقدام على الشهادة مع نسيان بعض الحادثة)
ثم هو مصر على نوع لعب (ولأنه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه لتطير طيره) وذلك فسق . فأما
إذا كان يستأنس بالحمام في بيته فهو عدل مقبول الشهادة ، إلا إذا خرجت من البيت فلأنها تأتي بمجامات غيره
ففسخ في بيته وهو يبيعه ولا يعرفه من حمام نفسه فيكون آكلاً للحرام . وفي بعض النسخ : ولا من يلعب بالطنبور
وهو المني فهو مستغنى عنه بقوله ولا من يغني للناس فإنه أعم من أن يكون معه آلة طرب أو لا ، وإنما لم يكف
عن ذكره بما ذكر من المغنية لأنها كانت على الإطلاق ، وهذا مقيد بكونه للناس حتى لو كان غناؤه لنفسه لإزالة
وحشته لا بأس به عند عامة المشايخ ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي ، واختاره المصنف ، وعلم بأنه يجمع
الناس على ارتكاب كبيرة . وأصل ذلك ما روى عن أنس بن مالك أنه دخل على أخيه البراء بن مالك وهو يتغنى
وكان من زهاد الصحابة رضي الله عنهم . ومن المشايخ من كره جميع ذلك ، وبه أخذ شيخ الإسلام خواهر زاده ،
ويحمل حديث البراء بن مالك أنه كان ينشد الأشعار المباحة التي فيها الوعظ والحكمة واسم الغناء قد يطلق على ذلك .

أقول : فيه بحث ، لأن الظاهر من تعليل المصنف بقوله لأنه ارتكب عزم دينه ، وقوله ولا من يأتي بابا من الكبائر أنه إن مراده غير
الحرم ، وأما في الحرف فلا يشترط ما ذكر على ما اختاره الخصاف فتأمل فإن الكلام مجالا واسما (قوله وهو مستغنى عنه الخ) أقول : فيه
بحث لأن كثير من الناس يلعب بالطنبور ولا يغني . قال ابن قدامة : للمني في الملاهي نوعان : محرم وهو الآلات المطربة من غير غناء كالزمار
سواء كان من مود أو تمصب كالشبابية أو غيره كالطنبور والعود والمزقة لما روى أبو أسامة أنه سئل الله عليه وسلم قال : « إن الله تعالى
يفني راحة العالمين ، وأمرني بحقوق الممازف وللزماير لأنه مطرب مصد عن ذكر الله تعالى » . والنوع الثاني مباح وهو الغناء في التكاثر ، وفي
معناه ما كان من أحداث سرور ويكره (قوله وإنما لم يكف عن ذكره بما ذكر من المغنية الخ) أقول : لانهم حكم الرجال تبعاً لما عكس
ما هو الأصل ، وفيه بحث (قوله لأنها كانت على الإطلاق) أقول : فيه بحث (قوله واختاره المصنف وعلم بأنه يجمع الناس الخ) أقول :
فيه بحث ، فإن ذلك لتعليل يدل على اختيار المصنف ما اختاره شيخ الإسلام فإن اجتاههم للاستماع ، وأن يكون الاستماع كذلك وذلك
بكون المسموع كبيرة .

صفة امرأة مرسله ، بخلاف ما إذا كانت بعينها حية ، وإذا كان كذلك فجاز أن يكون المصنف رحمه الله قائلًا بتعميم المنع كشيخ الإسلام رحمه الله ، إلا أنا عرفنا من هذا أن التغني المحرم هو ما كان في اللفظ مالا يحل كصفة الذكر والمرأة المعينة الحية ووصف الحمر المهيج إليها والمويرات والحانات والمجاء لمسلم أو ذى إذا أراد المتكلم هجاءه لا إذا أراد إنشاء الشعر للاستشهاد به أو لتعلم فصاحته وبلاغته . ويدل على أن وصف المرأة كذلك غير مانع ما سلف في كتاب الحج من إنشاء أبي هريرة رضى الله عنه وهو محرم :

قامت ترك رهوة أن تهضما ساقا بخندة وكعبا أدما

وإنشاد ابن عباس رضى الله عنهما . إن يصدق الطير نك ليسا . لأن المرأة فيها ليست معينة ، فلو لا أن إنشاد ما فيه وصف امرأة كذلك جائز لم نقله الصحابة ، وما يقطع به في هذا قول كعب بن زهير بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم :

وما سعاد غداة البين إذ رحلوا إلا أغن غضيض الطرف مكحول

تجلو عوارض ذى ظلم إذا ابتسمت كأنه منهل بالراح معلول

وكثير في شعر حبان من هذا كقوله وقد سمعته النبي صلى الله عليه وسلم منه ولم ينكره في قصيدته التي أولها :

تبت فؤادك في المتام خريدة تسقى الضجيع يبارد بسام

فأما الزهريات المخبردة عن ذلك المتضمنة وصف الرياحين والأزهار والمياه المطربة كقول ابن المعتز :

سقاها بفايات خطيح كأنه إذا صافحته راحة الريح مبرد

يعنى سقى تلك الرياض ، وقوله :

وترى الرياح إذا مسحن غديره صقلته ونفین كل قلادة

ما إن يزال عليه ظهى كارها كسطل الحسناء في المرأة

فلا وجه لثمة على هذا : نعم إذا قيل ذلك على الملاهى امتنع وإن كان مواعظ وحكما للآلات نهىها لا لذلك التغني والله أعلم : وفي المغني : الرجل الصالح إذا تغنى بشعر فيه فحش لا تبطل عدالته . وفي معنى ابن قدامة : الملاهى نوعان : محرم وهو الآلات المطربة بلاغناء كالزمار والطنبور ونحوه ، لما روى أبو أمامة أنه عليه الصلاة والسلام قال : وإن الله تعالى بعثى رجلا للملین ، وأمرنى بمحى المعازف والمزامیر والنوع الثانى مباح وهو الدف في النكاح ، وفي معناه ما كان من حادث مرور . ويكره غيره لما عن عمر رضى الله عنه أنه كان إذا سمع صوت الدف يمشى ينظر ، فإن كان في ولية سكت ، وإن كان في غيره عمد بالدرة . وفي الأجناس مثل محمد بن شعجاع عن الذى يترنم مع نفسه ، قال : لا يقدح في شهادته : وأما القراءة بالألحان فأباحها قوم وحظرها قوم . والمختار إن كانت الألحان لا تخرج الحروف عن نظيمها وقدر ذواتها فباح ، وإلا فغير مباح ، كذا ذكر . وقد قلنا في باب الأذان ما يفيد أن التلحين لا يكون إلا مع تخيير مقتضيات الحروف فلا معنى لهذا التفصيل : ونقلنا هناك عن الإمام أحمد رحمه الله أنه قال للسائل عن القراءة بالتلحين وقد أجاب بالمنع : اسمع ؟ قال محمد ، فقال : أيعجبك

أن يقال لك يا محمد ؟ هذا وأما النائحة فظاهر أنها أيضا في العرف لمن اتخذت النايحة مكسبة ، فأما إذا ناحت لنفسها فصريح في النخيرة قال : لم يرد النائحة التي تزوح في مصيبتها بل التي تزوح في مصيبة غيرها ، اتخذت ذلك مكسبة لأنها ارتكبت معصية وهي الغناء لأجل المال فلا يؤمن أن ترتكب شهادة الزور لأجل ذلك وهو أيسر عليها من الغناء والزوح في مدة طويلة ، ولم يتعقب هذا أحد من المشايخ فيما عدت ، لكن بعض متأخري الشارحين نظر فيه بأنه معصية فلا فرق بين كونه للناس أولا . قال صلى الله عليه وسلم « لعن الله الصالقة والخائقة والناقحة » وقال عليه الصلاة والسلام « ليس منا من ضرب الخلدود وشق الجيوب ودعا بدعوى الجاهلية » وهذا في صحيح البخاري ، ولا شك أن النايحة وأو في مصيبة نفسها معصية ، لكن الكلام في أن القاضي لا يقبل شهادتها لذلك وذلك يحتاج إلى الشهرة لبصل إلى القاضي فإنما قيد بكونها للناس لهذا المعنى ، وإلا فهو يرد عليه مثله في قوله : ولا مدمن الشرب على الله ، يريد شرب الأشرطة المحرمة خرا أو غيره . ولناظر محمد رحمه الله في الأصل : ولا شهادة مدمن خمر ، ولا شهادة مدمن السكر . يريد من الأشرطة المحرمة التي ليست خرا ، فقال هذا الشارح بشرط الإدمان في الخمر ، وهذه الأشرطة : يعني الأشرطة المحرمة لسقوط العدالة مع أن شرب الخمر كبيرة بلا قيد الإدمان ، ولهذا لم يشترط الخصاف في شرب الخمر الإدمان ، لكن نص عليه في الأصل كما سمعت فما هو جوابه ؟ هو الجواب في تقييد المشايخ بكون النايحة للناس ، ثم هو نقل كلام المشايخ في توجيه اشتراط الإدمان أنه إنما شرط لظهور عند الناس ، فإن من شربها سرا لا تسقط عدلته ولم يثبت فيه بكلمة واحدة ، فكذلك التي ناحت في بيتها مصيبتها لا تسقط عدالتها لعدم اشتراك ذلك عند الناس ، وإنظر إلى تعليل المصنف رحمه الله بعد ذكر الإدمان بأنه ارتكبت محرم دينه مع أن ذلك ثابت بلا إدمان ، فإنما أراد أنه إذا أدمن حينئذ يظهر أنه مرتكب محرم دينه فترد شهادته ، بخلاف التي استمرت تزوح للناس لظهوره حينئذ فتكون كالذي يسكر ويخرج سكران وتلعب به الصبيان في رد شهادته ، وصرح بأن الذي يتم بشرب الخمر لا تسقط عدلته . ومنهم من فسر الإدمان ببنته وهو أن يشرب ومن ينه أن يشرب مرة أخرى ، وهذا هو معنى الإصرار ، وأنت تعلم أنه سيذكر رد شهادة من يأتي بابا من أبواب الكبائر التي تتعلق بها الخلد وشرب الخمر منها من غيره توقف على نية أن يشرب ، ولأن النية أمر مبطن لا يظهر للناس ، والمداورة التي يعتق بوجودها حكم القاضي لا بد أن تكون ظاهرة لاخية لأنها معرفة والخفي لا يعرف والظهور بالإدمان الظاهر . نعم بالإدمان الظاهر يعرف لإصراره ، لكن بطلان العدالة لا يتوقف في الكبائر على الإصرار ، بل أن يأتيها ويعلم ذلك ، وإنما ذلك في الصغائر وقد انازع فيها ذكرنا شرح ذلك : وأما من يلعب بالطيور فلا يورث غفلة ، وهذا كأنه بالخامصة المعروفة بالاستقراء . وترد شهادة المغفل لعدم الأمن من زيادته وتقصه ، ولأنه يقف على عورات النساء لصعود سطحه ليظهر طيره ، وهذا يقتضي منع صعود السطح مطلقا إلا أن يراد أن ذلك يكثر منه لهذه الداعية فإن الداعية إلى الشيء كالحرب في اقتضاء المراقبة عليه كما في لعب الشطرنج ، فإنه يشاهد فيه داعية عظيمة على المراقبة حتى أنهم ربما يستمدرون التبار والليل ليسألوا عن أكل ولا شرب ، وهذا من أظهر وجه على أنه من دواعي الشيطان . والأوجه أن اللب بالطيور فعل مستخف به يوجب في الغالب اجتماعا مع أناس أرادوا مصيبتهم وذلك مما يسقط العدالة . هذا وفي تفسير الكبائر كلام ، فقيل : هي

(ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد) للفسق . قال (ولا من يدخل الحمام من غير متز) لأن كشف العورة حرام (أو يأكل الربا أو يقامر بالرد والشطرنج) . لأن كل ذلك من الكبائر ، وكذلك من فتوته الصلاة للاشتغال بهما ، فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس يفسق مانع من الشهادة ،

السمع التي ذكرت في الحديث ، وهي الإشراف بالله ، والفرار من الزحف ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس بغير حق ، وبهت المؤمن ، والزنا ، وشرب الخمر ، وزاد بعضهم : أكل الربا ، وأكل مال اليتيم . وفي البخاري عنه عليه الصلاة والسلام : اجتنبوا السبع الموبقات : قالوا : يا رسول الله وما هن ؟ فذكرها وفيها السحر ، وأكل الربا وأكل مال اليتيم وفيه عنه عليه الصلاة والسلام : ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قالوا : بلى يا رسول الله ، قال الشرك بالله ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس ، وكان متكئا فجلس فقال : ألا وقول الزور وشهادة الزور ، فما زال يكررها « الحديث . وقد عد أيضا منها السرقة ، وورد في الحديث : « من جمع بين صلاتين من غير عذر فقد أتى بابا من أبواب الكبائر » وقيل الكبيرة ما فيه حد ، وقيل ما ثبت حرمة بنص القرآن ، وقيل ما كان حراما لعينه . . . ونقل عن خواهرزاده أنها ما كان حراما محضا مسمى في الشرع ناشئة كاللواط أولم يحرم بها لكن شرع عليها عقوبة محضة بنص قاطع ، أما في الدنيا بالحد كالسرقة والزنا وقتل النفس بغير حق ، أو الوعيد بانثار في الآخرة كأكل مال اليتيم ، ولا تسقط الملة شارب الخمر بنفس الشرب لأن هذا الحد ما ثبت بنص قاطع ، إلا إذا داوم على ذلك فإن العدالة تزول بالإصرار على الصغائر فهذا أولى ، وهذا يخالف ما تقدم من حد شرب الخمر من الكبائر ، في نفس الحديث ، وذكره الأصحاب . وفي الخلاصة بعد أن نقل القول بأن الكبيرة ما فيه حد بنص الكتاب قال : وأصحابنا لم يأخذوا بذلك ، وإنما بنوا على ثلاثة مبان : أحدها ما كان شنيعا بين المسامحة وفيه هنك حرمة الله تعالى . والثاني أن يكون فيه ممانعة للردوة والكرام ، وكل فعل يرفض المروعة والكرام فهو كبيرة . والثالث أن يضر على المعاصي والفجور . ولا يخفى ما في هذا من عدم الانضباط وعدم الصحة أيضا . وما في الذنوب الصغرى : العدل من يجنب الكبائر كلها حتى لو ارتكب كبيرة تسقط عدالته . وفي الصغائر العبرة الغلظة لتصير كبيرة حسن ، ونقاه عن أدب القاضي لمصام وعليه المذوكر ، غير أن الحكم بزوال الملة بالارتكاب الكبيرة يحتاج إلى الظهور ، فلذا شرط في شرب الخمر والسكر الإدمان ، والله سبحانه وتعالى أعلم . ولا تقبل شهادة من يجلس مجلس الفجور والمجانة على الشرب وإن لم يشرب ، لأن اختلاطهم بهم وتركه الأمر بالمعروف يسقط عدالته . وفي الذخيرة والمخطوط : وكذا الإعانة على المعاصي ، والحث عليها من جملة الكبائر (قوله ولا من يدخل الحمام بغير إزار لأن كشف العورة حرام) وفي الذخيرة إذا لم يعرف رجوعه عن ذلك ، وأما ما ذكر الكرخي أن من شفى في الطريق بسر أو بل ليس عليه غيره لا تقبل شهادته فليس للحرمة بل لأنه يخجل بالمروءة (قوله أو يأكل الربا ، إلى قوله :

قال (ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد فسق وسقطت عدالته . وهذا بناء على أن الكبيرة أعم مما فيها حد أو قتل . وقال أهل الحجاز وأهل الحديث : هي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهي : الإشراف بالله ، والفرار من الزحف ، وعقوق الوالدين ، وقتل النفس بغير حق ، وبهت المؤمن ، والزنا ، وشرب الخمر . وقال بعضهم : ما كان حراما لعينه فهو كبيرة (ولا من يدخل الحمام بغير إزار لأن كشف العورة حرام ولا من يأكل الربا لأنه كبيرة ، ولا من يلبس الرداء والشطرنج) إذا انضم إليه أحد أو ثلاث : القمار . أو تقويت الصلاة بالاشتغال به أو كثار الإيمان الكاذبة لأن هذه الأشياء

لأن للاجتهاد فيه مساعا . وشرط في الأصل أن يكون أكل الربا مشهورا به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا :

ولا من يفعل الأفعال المستحقة (أما أكل الربا فكثير أطلقوه ، وقيد في الأصل بأن يكون مشهورا به فقبل لأن عطله أو اعتبر مانعا لم يقبل شاهد لأن العقود الفاسدة كلها في معنى الربا وقل من يباشر عقود البياعات ويسلم دائما منه . وقيل لأن الربا ليس بحرام محض لأنه يفيد الملك بالقبض كسائر البياعات الفاسدة وإن كان عاصيا مع ذلك فكان ناقصا في كونه كبيرة . والمانع في الحقيقة هو ما يكون دليلا على إمكان ارتكاب شهادة الزور واد الزور حرام محض فالدال عليها لابد من كونه كذلك ، بخلاف أكل مال اليتيم حيث ترد شهادته بجره . وقيل لأنه إذا لم يشهر به كان الواقع ليس إلا تهمة أكل الربا ولا تسقط العدالة به ، وهذا أقرب ومرجعه إلى ما ذكر في وجه تنقيح شرب الخمر بالإدمان . وأما قوله ليس بحرام محض فلا تمويل عليه ، والدال على تجرير شهادة الزور منه يكفى كونه مرتكبا محظورا دينه ، ألا ترى إلى ما قال أبو يوسف إذا كان الفاسق وجها تقبل شهادته لبعد أن يشهد بالزور لوجهاته على ما تقدم ثم لم يرتض ذلك لأنه يخالف لنص الكتاب ، قوله تعالى - إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا - وأما الأول فالربا لم يختص بعقد على الأموال الربوية فيه تفاضل أو نسبية ، بل أكثر ما كانوا عليه ، ونزلت آية الربا بسبب إقراضهم القليل كالمائة وغيره بأكثر منه أو إلى أجل ، فإن لم يقضه فيه أرى عليه فزيد الكمية ، وهذا هو المتداول في غالب الأزمان لا يبيع درهم بدرهمين فرما لا يفتق ذلك أصلا أو إلا قليلا . وأما أكل مال اليتيم فلم يفيد أحد ونصوا أنه بجره ، وأنت تعلم أنه لابد من الظهور للقاضي ، لأن الكلام فيما يرد به القاضي الشهادة فكانه بجره يظهر لأنه يحاسب فيعلم أنه استنقص من المال . والحاصل أن الفسق في نفس الأمر مانع شرعا ، غير أن القاضي لا يرتب ذلك إلا بعد ظهوره له فالكل سواء في ذلك ولذا نقول : إذا علم أنه يلعب بالتردد شهادته سواء قامر به أو لم يقامر ، لما في حديث أبي داود « من لعب بالتردد شير فقد عصى الله ورسوله » ولعب الطاب في بلادنا مثله لأنه يرمى وي طرح بلا حساب وإعمال فكر ، وكل ما كان كذلك مما أحدثه الشيطان وعمله أهل الغفلة فهو حرام سواء قمر به أو لا . فأما الشطرنج فقد اختلف في إباحته ، فنحن لا يجوز ، وكذا عند الإمام أحمد لما روينا ، فإنه قد قيل : إن التردشير هو الشطرنج ، ولما سياتي في باب الكراهة إن شاء الله تعالى مع قوله عليه الصلاة والسلام « كل لهو المؤمن باطل إلا ثلاثة : تأديبه لفرسه ، ومناضلته عن قوسه ، وملاعبته من أهله » ورواه أبو داود عن عتبة بن عامر عنه عليه الصلاة والسلام « ليس من اللهو إلا ثلاث : تأديب الرجل فرسه ، وملاعبته أهله ، ورميه بقوسه ونبله » وعند الشافعي

من الكائر والمصنف لم يذكر الثالثة لأن الغالب فيه الأولان ، ولم يفرق بين التردد والشطرنج في شرط أحد الأورين : وفرق في النخيرة ، وجعل اللعب بالتردد مسقطا للعدالة مجراदा لقوله عليه الصلاة والسلام « ملعون من لعب بالتردد » والملعون لا يكره عدا ، ويجوز أن يكون أفراد قوله فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس يفسق مانع من قبول الشهادة (إشارة إلى ذلك) قوله لأن للاجتهاد فيه مساعا) قيل : لأن مالكا والشافعي يقولان بحل اللعب بالشطرنج ، وشرط أن يكون أكل الربا مشهورا به لأن الإنسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربا ، فأو ردت شهادته إذا ابتلى به لم يبق أحد مقبول الشهادة غالبا ، وهذا بخلاف أكل مال اليتيم فإنه يسقط العدالة .

(قوله فأما مجرد اللعب بالشطرنج فليس يفسق) أقول : قال الكاكي في مرجع الدراية : واللعب بالشطرنج يمنع قبول الشهادة بالإجماع إذا كان مدنا عليه أو يقامر أو تقوته الصلاة أو أكثر عليه الخلف بالكلب والباطل له . فقول الأكل : إذا انضم إليه أحد أمور ثلاثة بحث

قال (ولا من يفعل الأفعال المستحقة كالبول على الطريق والأكل على الطريق) لأنه تارك للمرورة ، وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيهم

ومالك : يباح مع الكراهة إن تجرد عن الحلف كاذبا والكذب عليه وتأخير صلاة عن وقتها والمقامة به فلما كان للاجتهاد فيه متجردا مساغ لم تسقط العقالة به . وأما ما ذكر من أن من يلعب على الطريق ترد شهادته فلا يتيان الأمور المحقرة ولا تقبل شهادة أهل الشبهة وهوالذي يسمى في ديارنا دكاكا لأنه إما ساحر أو كذاب : أعنى الذي يأكل منها ويتخذها مكسبة ، فأما من علمها ولم يعملها فلا ، وصاحب السيميا على هذا (قوله ولا من يفعل الأفعال المستحقة) وفي بعض النسخ المستقبحة ، وفي بعضها المستخفة وإن لم تكن في نفسها محرمة . والمستخفة بفتح الخاء وكسرها : أى التى يستخف الناس فاعلها ، أو الخصلة التى تستخف الفاعل فيبدو منه مالا يليق ، وعلى هذا المعنى قوله تعالى - ولا يستخفك الذين لا يؤقنون - وذلك (كالأكل على قارة الطريق) يعنى بمجرأ الناس ، والبول عليها ، ومثله الذى يكشف عورته ليستجى من جانب بركة والناس حضور ، وقد كثر ذلك في ديارنا من العامة وبعض من لا يستحي من الطلبة ، والمشي بسر اويل فقط ، ومدّ رجله عند الناس ، وكشف رأسه في موضع يعدّ فعله خفة وسوء أدب وقلة مروءة وحياء ، لأن من يكون كذلك لا يبعد منه أن يشهد بالزور . وفي الحديث عنه عليه الصلاة والسلام « إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى إذا لم تستح فاصنع ما شئت » وعن الكرخي : لو أن شحنا صارع الأحداث في الجامع لم تقبل شهادته لأنه يخف . وأما أهل الصناعات الدنيئة كالكساح وهو الذى يسمى في عرف ديار مصر قنواي والزبال والحائك والحجام فقيل لا تقبل ، وبه قال الشافعي وأحمد ، ووجه بكثرة خلفهم الوعد وكذبهم ، ورأيت أكثر خلف للوعد السمكرى . والأصح تقبل لأنها قد تولاها قوم صاخرن ، فأما من يعلم القادح لا يبنى على ظاهر الصناعة ، ومثله النحاسون والدلالون فإيهم يكذبون كثيرا زيادة على غيرهم مع خلفهم فلا يقبل إلا من علم عدلته منهم . وقيل لا تقبل شهادة بائع الأكفان . قال شمس الأئمة : هذا إذا ترصد لذلك العمل ، فأما إذا كان يبيع الثياب ويشترى منه الأكفان فتقبل لعدم تنميه الموت للناس والطاعون . وقيل لا تقبل شهادة الصكاكين لأنهم يكتبون هذا ما اشترى فلان أوباع أو أجر وقبض المبيع قبل وقوعه فيكون كذبا ، ولا فرق في الكذب بين القول والكتابة . والصحيح تقبل إذا كان غالب أحوالهم الصلاح ، فإنهم غالبا وإن لم يشتهر به لعدم عموم البواي (ولا من يفعل الأفعال المستحقة) وفي نسخة المحقرة ، وفي أخرى المستقبحة ، وفي أخرى المستخفة ، وفي أخرى المسخفة كلها على اسم المفعول سوى المسخفة بلفظ اسم الفاعل من التسخيف وهو النسبة إلى السخف : رقة العقل ، من قولهم ثوب صخيف إذا كان قليل النزل ، وصحيح صاحب المغرب هذه الأخيرة (كالبول والأكل على الطريق لأن فيه ترك المرورة ، وإذا كان لا يستحي من مثل ذلك) فالظاهر أنه (لا يمتنع عن الكذب) فكان متهما

(قوله سوى المسخفة الخ) أقول : أى الأفعال التى تكون سببا لنسبة صاحبها إلى السخف و رقة العقل . ثم أقول : يمكن أن يكون المسخفة بالتخفيف على وزن المفعول كالسنة يفتح الثور من السخف والسين حينئذ تكون أصلية ، وأما المسخفة بالتشديد على صيغة المفعول كالسقرة يفتح الثقات فالسين فيها زائدة (قال المصنف : وإذا كان لا يستحي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب) أقول : قال العلامة الكاكي : وفي المحيط لا تقبل شهادة النحاسين والدلالين لأنهم يكذبون كثيرا ، فأما من كان عدلا منهم تقبل شهادتهم اه . وفيه لا تقبل شهادة الطفيل والمشمرة والرقاص والمسخرة بلا خلاف . وفي مناقب أبي حنيفة رحمه الله : لا تقبل شهادة البخیل . وقال مالك : إن أفرط في البخل لا تقبل . قال الزيلعي : وفي النهاية شهادة البخیل لا تقبل ، فالظاهر أنه أراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والأقارب اه .

(ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) لظهور فسقه بخلاف من يكتمه (وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطائية)

إنما يكتبون بعد صدور العقد وقبل صدوره يكتبون على الجواز ترزيلا له منزلة الواقع ليستغنوا عن الكتابة إذا صدر المعنى بعدها . ورد بعض العلماء شهادة القروى والأعرابي ، وعامة العلماء تقبل إلا بما منع غيره . ولا تقبل شهادة الطفيل والرقاص والمجازف في كلامه والمسخرة بلا خلاف . وفي الحديث «ويل للذي يحدث ويكذب كي يضحك منه الناس ، ويل له ويل له» وقال نصير بن يحيى : من يشتم أهله ومالكيه كثيرا في كل ساعة لا تقبل وإن كان أحيانا تقبل ، وكذا الشتام للحبوان كدائبه ، وأما في ديارنا فكثيرا يشتمون بائع الدابة فيقولون قطع الله يد من باعك ، ولا من يخلف في كلامه كثيرا ونحوه . وحكى أن الفضل بن الربيع شهد عند أبي يوسف فرد شهادته فشكاه إلى الخليفة ، فقال الخليفة : إن وزيرى رجل دين لا يشهد بالزور فلم رددت شهادته ؟ قال : لأني سمعته يوما قال للخليفة : أنا عبدك ، فإن كان صادقا فلا شهادة للعبد ، وإن كان كاذبا فكنك ، فعذره الخليفة . والذي عندي أن رد أبي يوسف شهادته ليس لكذب ، لأن قول الحر لغيره أنا عبدك مجاز باعتبار معنى القيام بمجملتك ، وكفى تحت أمرك ممثلا على إهانة نفسى في ذلك والتكلم بالمجاز على اعتبار الجامع ، ووجه الشبه ليس كذبا محظورا شرعا ولذا وقع المجاز في القرآن ، ولكن رده لما يدل عليه خصوص هذا المجاز من إضلال نفسه وتعلقه لأجل الدنيا فرما يمز هذا الكلام إذا قيل للخليفة فعلى الاعتذار بأمر يقرب من خطره . والحاصل فيه أن ترك المروعة مسقط للعلة . وقيل في تعريف المروعة أن لا يأتى الإنسان بما يعتز به مما يخصه عن مرتبته عند أهل الفضل . وقيل السميت الحسن وحفظ اللسان وتجنب السخف والمجون والارتفاع عن كل خلق دنى . والسخف : رقة العقل من قولهم ثوب صيف إذا كان قليل الغزل . وعن أبي حنيفة لا تقبل شهادة البخل . وقال مالك : إن أفرط لأنه يؤديه إلى منع الحقوق (قوله ولا من يظهر سب السلف) كالصحابه والتابعين ، ومنهم أبو حنيفة رحمه الله ، وكذا العلماء . ونص أبو يوسف على عدم قبوله ، قال : لأنه إذا أظهر بمبى واحد من المسلمين تسقط عدالته ، فإذا أظهر في واحد من الصحابة كيف يكون مقبولا ، وقيد بالإظهار لأنه لو اعتضده ولم يظهر فهو على عدالته تقبل شهادته ، ولذا قال أبو يوسف من رواية ابن سبابة : لا أقبل شهادة من يشتم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأقبل شهادة من يثبرا منهم ، لأن إظهار الشتيمة مجرمة وسفه ولا يأتى به إلا الأوضاع والأسقاط ، وشهادة السخيف لا تقبل ، ولا كذلك المبرئ لأنه يعتقد دينا مرضيا عند الله وإن كان على باطل . فالحاصل أنه من أهل الأهواء وشهادة أهل الأهواء جائزة (قوله وتقبل شهادة أهل الأهواء) كلهم من المعتزلة والقدرية والخوارج .

(ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف) وهم الصحابة والتابعون منهم أبو حنيفة (لظهور فسقه) وقيد بالإظهار حتى لو اعتضد ذلك ولم يظهر فهو عدل . روى ابن سبابة عن أبي يوسف أنه قال : لا أقبل شهادة من سب أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وأقبل شهادة من يبرا منهم . وقرئوا بأن إظهار سبه لا يأتى به إلا الأسقاط السخفة ، وشهادة السخيف لا تقبل ، ولا كذلك المبرئ لأنه يعتقد دينا وإن كان على باطل فلم يظهر فسقه (وتقبل شهادة أهل الأهواء إلا الخطائية) منهم ، والهو ميلان النفس إلى ما يستلذه به من الشهوات ، وإنما سموا به لما تبعتهم النفس وغفلتهم السنة كالخوارج والرافض ، فإن أصول الأهواء الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ، ثم كل واحد منهم يفرق اثني عشرة فرقة .

وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل لأنه أغلظ وجوه الفسق . ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد وما أوقعه فيه إلا تدينه به وصار كن يشرب الخمر أو يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك ، بخلاف الفسق من حيث التعاطي . أما الخطائية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم . وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم . قال (وتقبل شهادة أهل النمة بعضهم على بعض وإن اختلفت ملهم .

وسائرهم تقبل شهادتهم على مثلهم وعلى أهل السنة ، إلا الخطائية وهم طائفة من الروافض لا لخصوص بدعهم وهواهم بل لتهمة الكذب ، لما نقل عنهم أنهم يشهدون لمن حلف لهم أنه محق أو يرون وجوب الشهادة لمن كان على رأيهم ، وهو الذي ذكره المصنف ، فتح قبول شهادتهم لشيعتهم لذلك ولغير شيعتهم للأمر الأول . ومانقله المصنف عن الشافعي هو قول مالك وأبي حامد من الشافعية . وأما قول الشافعي فكقولنا بلا اختلاف . وجه قول مالك ما ذكر أن البعده في الاعتقاد من أعظم الفسوق فوجب رد شهادته بالآية . ولنا أن صاحب الهوى مسلم غير منهم بالكذب لتدينه بتحريمه حتى أنه ربما يكفر به كالخوارج فهو أبعد من التهمة به . وأما الآية فلأنها مخصوصة بالفسق من حيث الاعتقاد مع الإسلام ، فكان المراد منها الفسق الفعلي ، ولذا قال محمد بقبول شهادة الخوارج إذا اعتدوا ولم يقاتلوا ، فإذا قاتلوا ردت شهادتهم لإظهار الفسق بالفعل . والدليل على التخصيص اتفاقنا على قبول رواياتهم للحديث . وفي صحيح البخاري كثير منهم مع اعتيادهم للغلو في الصحة مع أن قبول الرواية أيضا مشروط بعدم الفسق بظاهرها وبالمعنى ، وهو أن رد شهادة الفاسق لتهمة الكذب وذلك متنف فيهم . والخطائية نسبة إلى أبي الخطاب وهو محمد بن أبي وهب الأجلع ، وقيل محمد بن أبي زبيب الأسدي الأجلع . وخرج أبو الخطاب بالكوفة وحارب عيسى بن موسى بن علي بن عبد الله بن عباس وأظهر الدعوة إلى جعفر فتبرأ منه جعفر ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكنافس (قوله وتقبل شهادة أهل النمة بعضهم على بعض) قيد بها لتخرج شهادتهم على المسلم ويدخل في اللفظ شهادة أهل ملة منهم على أهل ملة أخرى وقد نص عليه بقوله وإن اختلفت ملهم احترازه عن قول ابن أبي ليلى وأبي عبيد لأنها لا تقبل مع اختلاف الملة كشهادة اليهودي على النصراني وعكسه

(وقال الشافعي رحمه الله: لا تقبل شهادتهم لأنه أغلظ وجوه الفسق) إذ الفسق من حيث الاعتقاد شر منه من حيث التعاطي (ولنا أنه فسق من حيث الاعتقاد) وما هو كذلك فهو تدين لا ترك تدين ، والمانع من القبول ترك ما يكون ديننا فصار كحني شرب الخمر أو شافعي أكل متروك التسمية عامدا معتقدا إياها فإنه لا يصير بهم ردود الشهادة . والخطائية قبلهم غلاة من الروافض ينسبون إلى أبي الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكنافس لأنه كان يزعم أن عليا الإله الأكبر وجعفر الصادق الإله الأصغر . وقيل هم قوم يعتقدون أن من ادعى منهم شيئا على غيره يجب أن يشهد له ببقية شيعته بذلك ، وقيل لكل من حلف عندهم ترد شهادتهم لأنهم كانوا يرون أن كانوا كما قيل أولا ، ولعنن التهمة في شهادتهم إن كانوا كما قيل ثانيا أو ثالثا . قال (وتقبل شهادة أهل النمة بعضهم على بعض الخ) شهادة أهل النمة بعضهم على بعض مقبولة عندنا وإن اختلفت ملهم كاليهودي مع النصراني . وقال ابن أبي ليلى : إن اتفقت ملهم قبات لقوله عليه الصلاة والسلام « لا شهادة لأهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمين فشهادتهم مقبولة على أهل الملل كلها » والجواب أنهم يخالفون لقوله تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض

(قال المصنف : وقال الشافعي : لا تقبل لأنه أغلظ من وجوه الفسق) أقول : عدم قبول شهادة أهل الأخوة لمحب مالك وأبي حامد من الشافعية ، وأما قول الشافعي فكقولنا بلا اختلاف .

(وقال مالك والشافعي رحمهما الله : لا تقبل لأنه فاسق ، قال الله تعالى - والكافرون هم الظالمون - فيجب التوقف في خبره ، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد . ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصاري بعضهم على بعض ، ولأنه من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار فيكون من أهل الشهادة على جنسه ،

(وقال مالك والشافعي رحمهما الله : لا تقبل أصلاً لأنه فاسق ، قال تعالى - والكافرون هم الظالمون -) ووقع في كثير من نسخ الهداية : والكافرون هم الفاسقون . وفي النهاية النسخة المصححة بتصحيح بخط شيخنا قال تعالى للكافرين : هم الفاسقون إذ الذي في القرآن - والكافرون هم الظالمون - (فيجب التوقف في خبره ، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد) بذلك الجامع ، ولقوله تعالى - وأشهدوا ذوي عدل منكم - وقال - ممن ترضون من الشهداء - والكافر ليس ذا عدل ولا مرضياً ولا منا ، ولأننا لو قبلنا شهادتهم لأوجبنا القضاء على القاضي بشهادتهم ولا يلزم على المسلم شيء بقولهم . قال المصنف (ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصاري بعضهم على بعض) قال الإمام : المخرج غريب وغير مطابق للمدعى ، وود أن شهادة بعضهم على بعض جائزة وإن اختلفت ملهم ، ولو قال أهل الكتاب عوض النصاري وائق ، وهكذا أخرجه ابن ماجه عن مجاهد عن الشعبي عن جابر بن عبد الله (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض) ومجاهد فيه مقال . ثم قال شيخنا علاء الدين : ويوجد في بعض نسخ الهداية اليهود عوض النصاري ، وذكر مارواه أبو داود بهذا الإسناد : جاءت اليهود برجل وامرأة منهم زنيا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : اتوني بأعلم رجلين منكم ، فأتوه بابني صوريا ، فشهدا الله كيف تجدان أمر هذين في التوراة ؟ قال : نجد فيها إذا

والمراد به الولاية دون الموالاتة فإنه معطوف على قوله - ما لكم من ولايتهم من شيء - والعطف قرينة يراعى به تناسب المعاني (وقال مالك والشافعي : لا تقبل لأنه فاسق ، قال الله تعالى - والكافرون هم الظالمون -) والظاهر فاسق (فيجب التوقف في خبره) لقوله تعالى - إن جاءكم فاسق بذي فتيونا - وصار كالمرتد ولا تقبل شهادة المرتد بجنسه وخلاف جنسه (ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة النصاري بعضهم على بعض) رواه جابر بن عبد الله وأبو موسى (ولأن الذي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار) وكل من هو ككذلك (فله أهلية الشهادة على جنسه) كالمسلمين . فإن قيل : المسلم له أهلية على جنسه وعلى خلاف جنسه دون الذي فبطل القياس . فاجواب أن القياس في الذي كذلك ، لكن ترك خلاف الجنس بقوله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على

(قوله فإنه معطوف على قوله - ما لكم من ولايتهم من شيء - الآية) أقول : هذه الآية في سورة الأنفال (قوله فاطمعت قرينة يرادى به) تناسب المعاني (أقول : ولهم أن يقول : القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم ، وقد ورد نص على عدم القبول فليتلوا . ثم لو صح ما ذكر لحاز شهادة المستأمن على الذي وشهادة مستأمن دار على مستأمن أخرى . قال المصنف : قال الله تعالى - والكافرون هم الفاسقون) أقول : هذا معنى القرآن لأن القرآن والكافرون هم الظالمون - (قوله أجاز شهادة النصاري) أقول : الظاهر أن يقول أجاز شهادة النصاري (قوله ولأن الذي من أهل الولاية على نفسه وأولاده الصغار الخ) أقول : قال في النهاية : للمسلم إذا عطف إلى كتاب ابنته الصغيرة فزوجها منه جاز التكاح (قوله فله أهلية الشهادة) أقول : لأن الشهادة من باب الولاية (قوله فاجواب أن القياس في الذي كذلك ، ثم لو نقص بشهادة المستأمن بحث ، فإن الشهادة من باب الولاية ، ولا ولاية للذي على المسلم فكيف يكون القياس في الذي كذلك ، ثم لو نقص بشهادة المستأمن الخلفين دار حيث لا تقبل مع أنهم من أهل الولاية) دليل قبول شهادة المتقين داراً لا يشي هذا الجواب ، إذ لا نص على خلافه فالتصويل على جواب المصنف .

والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لأنه يحتجب ما يعتقد به محرم دينه، والكذب محظور الأديان ، بخلاف المرتد لأنه لا ولاية له ، وبخلاف شهادة الذي على المسلم لأنه لا ولاية له بالإضافة إليه ، ولأنه يقول عليه لأنه يغيظه قهره إياه ، وملل الكفر وإن اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على القول .

شهد أربعة منكم أنهم إذا رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة رجحا ، قال : فما يمنعكما أن ترجوها ؟ قالا : ذهب سلطاننا فكرهنا القتل ، فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهود فجاء أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره في فرجها كالميل في المكحلة ، فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجحهما ، قال : هكذا وجدته في نسخة علاء الدين يده ، وهو تصحيح ، وإنما هو قدعا بالشهود بخط كشفته من نحو عشرين نسخة ، وكذا رواه إسماعيل بن راهويه وأبو يعلى الموصلي والبخاري في مسانيدهم والدارقطني كلهم قالوا : قدعا بالشهود . قال في التنقيح : قوله في الحديث « قدعا بالشهود فشهدوا » زيادة في الحديث تفرد بها مجاهد ولا يحتاج بما تفرد به انتهى كلامه . لكن الطحاوي أسنده إلى عامر الشعبي عن جابر ، وفيه أنه صلى الله عليه وسلم قال « اتنوا بأربعة منكم يشهدون » ثم قول القائل لا يقبل

المؤمنين سيلا - واعترض بأن الله تعالى قال - ممن ترضون من الشهداء - والكافر ليس برضى : والجواب أنه ليس برضى بالنسبة إلى الشهادة علينا أو مطلقا . والأول مسلم وليست بمقبولة . والثاني ممنوع إذ ليس ما يمنع رضانا يمنع شهادة بعضهم على بعض (قوله والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع) جواب عن قوله لأنه فاسق . وتقريره : الفسق مانع من حيث تعاطى محرم الدين أو من حيث الاعتقاد . والثاني ممنوع والأول مسلم ، لكن فسق الكافر ليس من بابه فإن الكافر يحتجب محرم دينه . واعترض بأن الاجتناب عن محظور الدين يعتبر دليلا على الاجتناب عن الكذب الذي هو من باب شهادة الزور ، وهم ارتكبوا الكذب بإنكار الآيات مع علمهم بحقيقتها ، قال الله تعالى « وجحدوا بها واستيقظها أنفسهم ظلما وعلوا » وأجيب بأن المراد به الإختبار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمواطئون على كتمان بعثه ونبوته ولا شهادة لهم عندنا ومن بعدهم على أن الحق مأمم عليه فالكذب منهم ثدين وهطبقون على كون الكذب على أحد محظور إذ هو محظور الأديان كلها . وقوله (بخلاف المرتد) جواب عن قوله نصار كالمرتد فإنه لا ولاية له لا على نفسه ولا على أولاده وهي ركن الدليل . وقوله (وبخلاف شهادة الذي على المسلم) جواب عن قوله ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وعمما يقال لو استأزمت الولاية أهلية الشهادة لقبيل شهادة النبي على المسلم لوجودها كما ذكرتم . ووجهه أن ولايته بالإضافة إلى المسلم معدومة ، وهو كما ترى منع لوجود المازوم ، وقد مر لنا جواب آخر عن هذا السؤال ، ولأنه يقول عليه جواب آخر . وتقريره : سلمنا أن علة قول شهادته وهو الولاية متحققة لكن المانع متحقق وهو تغيظه بقهر المسلم إياه فإنه يحمله على القول عليه ، بخلاف ملل الكبر فإنها وإن اختلفت فلا قهر لبعضهم على بعض في دار الإسلام فلا يحملهم الغيظ على القول .

(قوله والجواب أنه ليس برضى) أقول : لا ينبغي عليك أنه ليس المراد كونه مرفيا من حيث الشهادة ، وإلا فليس واحدا من المصنوع راضيا للشهادة على نفسه بل كونه مرفيا من حيث أسوؤه ، فالأول أن يجاب بما في سائر الفروع مع أنه مرضى من حيث المعاملات ، والشهادة منها وجواب ظاهر (قوله ومن يعلم على أن الحق مأمم عليه) أقول : قوله ومن يعلم مبيحا ، وقوله على أن الحق اللغ خبره ثم بقى عامنا بحث فليعلم (قوله منع لوجود المازوم) أقول : يمتنع لوجود الولاية (قوله وقد مر لنا الخ) أقول : مر آنفا (قال المصنف لأنه يغيظه) أقول : قال لكنا : أي المسلم ، وفي النهاية الشان : أي الشان هو أن يسخط الذي قهره إياه .

قال (ولا تقبل شهادة الحربى على الذى) أراد به والله أعلم المستأمن لأنه لا ولاية له عليه لأن الذى من أهل دارنا

ما انفرد به مجالدىمى فيه ما ذكرنا من أن الراوى المضعف إذا قامت دلالة على صحة ما رواه حكم به لارتفاع وهم الغلط ، ولا شك أن رحمه عليه الصلاة والسلام كان بناء على مسائل من حكم التوراة فيها . وأجيب به من أن حكمها الرجم بشهادة أربعة إذ هو موافق ما أنزل إليه ، فلا بد من كونه بنى على شهادة أربعة في نفس الأمر منهم وإن لم يذكر في الرواية المشهورة ، لأن القصة كانت فيما بين يهود في محلم وأما كتبهم ، فهذه دلالة على أن مجالدا لم يغلط في هذه الزيادة . وأنت علمت في مسألة أهل الأهواء أن مراد الآية فسق الأفعال لأنه الذى ينهم صاحبه بالكذب لا الاعتقاد ، إلا أن شهادتهم على المسلمين نسخت بقوله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - فثبتت على بعضهم بعضا . ثم استدلل بالمعنى وهو أن الذى من أهل الولاية على جنسه بدليل ولايته على أولاده الصغار ومما يليكه فجازت شهادته على جنسه ، بخلاف المرتد الذى ليس عليه لا ولاية له أصلا فلا شهادة له ، ولأنه يتوكل على المسلم ليفظه بقره فكانت مهابته . بخلاف أهل ملة على أهل ملة أخرى . لأنه وإن أعاده ليس أحدهم تحت قهر الآخر فلا حامل على التتول عليه ، ولا يخفى ما ينفي إذ مجرد العدواة مانع من القبول كما في مسلم يعادى مسلما ثم يشيد هذا المعنى حديث مضعف بعمر بن راشد ، رواه الدارقطني وابن عدى من حديث أنى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تجوز شهادة ملة على ملة إلا ملة محمد صلى الله عليه وسلم فلاها تجوز على ملة غيرهم وأيضاً فقول الراوى أجاز شهادة أهل الكتاب بعضهم على بعض فيحمل أن يكون حكاية واقعة حال شهد فيها بعض اليهود على بعض أو بعض النصارى على بعض فلا عموم لها ، ويحتمل أنه حكاية تشريع قوى فيعلم شهادة المائتين ملة على ملة فلا تحكم بأحدهما عينا ، غير أن في هذه خلافا في الأصول ، ورجح الثاني وهو مسألة قول الراوى قضى بالشفعة المجارة (قوله ولا تقبل شهادة الحربى على الذى) أراد به المستأمن لأنه لا يتصور

قال (ولا تقبل شهادة الحربى على الذى الذى) لا تقبل شهادة الحربى على الذى . قال المصنف (أراد بالحربى المستأمن) وإنما قال ذلك لأن شهادة الحربى الذى لم يستأمن على الذى غير متصورة لأنها تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر في دار الإسلام . لا يقال : يجوز أن يدخل حربى دار الإسلام بلا استئمان فيحضر مجلس القضاء لأنه مأخوذ قهرا فيصير عبدا ، ولا شهادة للعبد لأحد ولا عليه ، وإنما لم تقبل شهادة المستأمن على الذى لأنه لا ولاية له على الذى لكونه من أهل دارنا والمستأمن من أهل دار الحرب ، واختلاف الدارين حكما يقطع الولاية . وقد ذكرناه في شرح رسالتنا في الفرائض ، وعلى هذا قوله وهو أعلى حالا منه : أى أقرب إلى الإسلام من المستأمن ولهذا يقتل المسلم بالذى دون المستأمن استظهارا على الاختلاف تمام الدليل بقوله لأنه من أهل دارنا ويجوز أن يكون جزء العلة انقطاع الولاية فلا تقبل شهادته على الذى وتقبل شهادة الذى عليه لأنه لكونه أعلى حالا أقرب إلى الإسلام فصارت شهادته كشهادة المسلم تقبل على الذى والمستأمن ، وفيه نظر لأن اختلاف الدارين حكما علة مستقلة في انقطاع

(قوله لأنه مأخوذ قهرا) أقول : جواب لقوله لا يقال يجوز الخ (قال المصنف : لأن الذى من أهل دارنا) أقول : قال الكاكي : وإنما لا يجرى التوارث بين الذى والمستأمن لأن المستأمن من أهل دارنا فيما يرجع إلى المملكات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب في الإرث والمسال انتهى . فلم لا يقال مثل هذا للمستأمنين من دارين مختلفين (قوله لأنه لا ولاية له على الذى) أقول : لم لا يمكن كونه من أهل الولاية مطلقا من مذكوره فإلى والمسلم من كون القياس يقول شهادة على المسلم (قوله وتقبل شهادة الذى عليه) أقول : لا يستفاد من هذا التقرير ما أراده ، بل يفاده أن يكون ملة كاستطاع لولاية لهم يقول الشهادة المستأمن على الذى (قوله وفيه نظر لأن اختلاف الدارين الخ)

وهو أعلى حالا منه ، وتقبل شهادة الذي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذي (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض إذا كانوا من أهل دار واحدة ، فإن كانوا من دارين كالروم والترك لا تقبل) لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا يمنع التوارث ، بخلاف الذي لأنه من أهل دارنا ، ولا كذلك المستأمن (وإن كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يمتنع الكيثار قبلت شهادته وإن لم يمتنع) هذا هو الصحيح في حدّ العدالة المعتمدة ، إذ لا بد من توفى الكيثار كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا ،

غيره ، فإن الخرفى لو دخل بلا أمان قهرا استرق ، ولا شهادة للعبد على أحد ، وذلك لأن الذي أعلى من المستأمن لأنه قبل خلف الإسلام وهو الجزية فهو أقرب إلى الإسلام منه ، ولهذا يقتل المسلم بالذي عندنا لا بالمستأمن ، وقوله بخلاف الذي متصل بقوله فإن كانوا من دارين : يعنى تقبل شهادة للذي على المستأمن وإن كانوا من أهل دارين مختلفين لأن الذي بقوله النعمة صار كالسليم وشهادة المسلم تقبل على المستأمن فكذا الذي ، وإنما لا يجرى التوارث بين الذي والمستأمن لأن المستأمن من أهل دارنا فيها يرجع إلى المعاملات والشهادة منها ومن أهل دار الحرب في الإرث والمال (قوله وإذا كانت الحسنات أغلب من السيئات والرجل ممن يمتنع الكيثار قبلت شهادته) هذا هو المروي عن أبي يوسف في حدّ العدالة وهو أحسن ما قيل ، وفيه قصور حيث لم يتعرض لأمر

الولاية بين الحربيين إذا كانا من دارين مختلفين ودخلا دارنا مستأمنين فقم ذلك إليه للعادة في بعض الصور دون بعض الحكم ، والأول هو الظاهر . فإن قلت : أما يجوز أن يكون علة لقبول شهادة الذي على المستأمن لأجزاء لعله انقطاع الولاية . قلت : بلى لكن تركيب كلامه لا يساعده فتأمل . وسنذكر الجواب عن قول شهادة الذي على المستأمن مع اختلاف الدارين حكما على وجه لا يلزم ذلك . قال (وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض الخ) المستأمنون في دارنا لا يتأثروا بما أن يكونوا من دار واحدة أولا ، فإن كان الأول قبلت شهادة بعضهم على بعض ، وإن كان الثاني كالترك والروم لم تقبل لأن اختلاف الدارين يقطع الولاية كما مر ولهذا يمنع التوارث (قوله بخلاف الذي) جواب عما يقال اختلاف الدارين أقطع الولاية لما قبلت شهادة الذي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت . ووجهه أن يقال الذي من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها ، فكان الواجب قبول شهادة الذي على المستأمن لوجوده لكنها قبلت . ووجهه أن يقال الذي من أهل دارنا ومن هو كذلك فله الولاية العامة لشرفها فكان الواجب قبول شهادة الذي على المسلم كحكمه ، لكن تركنا بالنص كما مر ، ولا نص في المستأمن فتقبل شهادة الذي عليه ، ولا كذلك المستأمن لأنه ليس من أهل دارنا ، وفيه إشارة إلى أن أهل الذمة إذا كانوا من دارين مختلفين قبلت شهادة بعضهم على بعض لأنهم من دارنا فهي تجمعهم ، بخلاف المستأمنين . قال (وإن كانت الحسنات أكثر من السيئات الخ) وإذا كانت الحسنات أكثر من السيئات وذلك بعد أن يكون مما لا يترك القرض ويمتنع الكيثار والإصرار على الصغيرة كبيرة يعتبر غالب أحواله في تعاطي الصغار ،

أقول : لم يجوز أن تكون العلة فيه اختلافهما دارا مع اختلافهما كون أسدما أعلى حالا من الآخر : أي تساوحهما في المال (قوله فإن قلت : أما يجوز أن يكون علة لقبول الخ) أقول : لم يجوز أن يكون علة أخرى لعدم قبول شهادة المستأمن عليه (قوله فله الولاية العامة) أقول : أنت خبري بأنه يخالف لقوله تعالى - ما حكم من ولايتهم من شيء - وأيضا يخالف لما نص عليه المصنف آثفا من سلب ولاية الذي بالإضافة إلى المسلم ، فهذا شرح الكلام بما لا يرضى صاحبه ، فالأول أن يقول فله الولاية على غير أهل دارنا (قال المصنف : إذ لا بد من توفى الكيثار كلها) أقول : وفيه بحث ، ولعل المراد غير ما ذكره من أمثال شرب الخمر سرا وهو قول آخر من أصحابنا في الجاهل . ومن أصحابنا من قال : إذا كان الرجل صالحا في أموره تنبأ حسنة ميثاقه ولا يعرف بالكلب ولا شيء من الكيثار غير أنه يشرب الخمر أحيانا لصحة البدن والتغنى لا لتلهي يكون عذرا ، وعامة مشايخنا على أنه لا يكون عذرا لأن شرب الخمر يكون كبيرة عضة وإن كانت تتداوى انتهى . ولعل هذا الأخير هو الأول ، وفيهم ذلك من قوله هذا هو الصحيح في حدّ العدالة انتهى فليتأمل .

فأما الإلمام بمعصية لا تنقذ به العدالة المشروطة فلا تردّ به الشهادة المشروعة لأن في اعتبار اجتنابه الكل سدّ بابيه وهو مفتوح لإحياء للحقوق . قال (وتقبل شهادة الأقلاف) لأنه لا يخل بالعدالة إلا إذا تركه استخفافا بالدين لأنه لم يبق بهذا الصنيع عدلا .

المروعة بل اقتصر على ما يتعلق بالمعاصي . والمروى عن أبي يوسف هو قوله أن لا يأتي بكبيرة ولا يصّر على صغيرة ويكون سره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصلح ويجنب الكذب ديانة ومروءة . هكذا نقله عنه القاضي أبو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال : أحسن ما نقل في هذا الباب ما روى عن أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري القاضي ، ثم ذكر ذلك ، وكان يكنيه إلى قواه ومروءة ظاهرة . وقول المصنف (فأما الإلمام بمعصية فلا تنقذ به العدالة) يريد الصغيرة ، ولفظ الإلمام وألم قد اشترى في الصغيرة . ومنه قول ابن خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة :

..... إن تغفر اللهم . تغفر جما . وأنى عبد لك لا إلا

هكذا أورده التتبي عنه بسنده ، ونسبه الخطائي إلى أمية ، ونسبه صاحب النخبة إياه إلى النبي صلى الله عليه وسلم غلط . ولا بأس بذكر أفراد نص عاليا : منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الإمام لا طعن عليه في دين ولا حال وإن كان مأثورا في تركها كأن يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والإمام يؤخر الصلاة أو غير ذلك لا تسقط عنه بالترك ، وكذا يترك الجمعة من غير عذر ، فمنهم من أسقطها بمرّة واحدة كالخاراني ، ومنهم من شرط ثلاث مرّات كالسرخسي ، والأول أوجه . وذكر الاسميني : من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الأكثر ، ولا بد من كونه في غير إرادة التبتوي على صوم الغد أو مؤانسة الضيف ، وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الأمير عند قدومه . وردّ شهادته شيخ صالح المحاسبه ابنه في نفقة طريق مكة كأنه رأى منه تضيقا ومشاحنة فشهد منه البخل . وذكر الخصاف أن ركوب البحر للتجارة أو للتخرج يسقط العدالة ، وكذا التجارة إلى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لأنه مخاطر بدنه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لأجل المال ، وتردّ شهادة من لم يحج إذا كان موسرا على قول من يراه على الفور ، وكذا من لم يؤدّ زكاته ، وبه أخذ الفقيه أبو الليث ، وكل من شهد على إقرار باطل وكذا على فعل باطل ، مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقها شهودا . قال المشايخ : إن شهدوا حلّ لهم اللعن لأنه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشر السلطان على ضمان الجهات والإيجارات الضارة وعلى المحبوسين عندهم والذين في ترسيمهم (قوله وتقبل شادة الأقلاف)

فإن كان إتيانه بما دوماؤن في الشرع أغلب من إلمامه بالصغار جازت شهادته ولا تنقذ عدالته بالإلمام الصغار لثلاث يقضى إلى تضيق حقوق الناس بسدّ باب الشهادة المفتوح لإحيائهما (وتقبل شهادة الأقلاف وهو من لم يحج) لأن الختان سنة عند علمائنا ، وترك السنة لا يخل بالعدالة إلا إذا تركها استخفافا بالدين فإنه لا يبق حينئذ عدلا بل مسلما ، وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدر له وقتا معينا ، إذ المقادير بالشرع ولم يرد في ذلك نص ولا إجماع ، والمتأخرون بعضهم قدره من سبع سنين إلى عشر ، وبعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعده ، لما روى أن الحسن والحسين

(قال المصنف : إلا إذا تركه) أقول : الختان المفهوم من الكلام .

(والخصي) لأن عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ، ولأنه قطع عضو منه ظلما فصار كما إذا قطعت يده (وولد الزنا) لأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وهو مسلم . وقال مالك رحمه الله : لا تقبل في الزنا لأنه يجب أن يكون غيره ككثله فيهم . قلنا : العدل لا يختار ذلك ولا يستجبه ، والكلام في العدل . قال (وشهادة الخنثى جائزة) لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص (وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ ، لأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعوانا على الظلم .

نص عليه الخصاف . قال : ويجوز صلاته وإمامته إلا إذا تركه على وجه الرغبة عن السنة لا خوفا من الهلاك ، وكل من يراه واجبا يبطل به شهادته وعندنا هو سنة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : الختان للرجال سنة ، وللنساء مكروه . وما عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال لا تقبل شهادته ولا تقبل صلاته ولا تؤكل ذبيحته ؛ إنما أراد به الجوهري ، ألا ترى إلى قوله ، ولا تؤكل ذبيحته (وقوله والخصي إذا كان عدلا) لأنه لا مانع لأن حاصل أمره مظلوم . نعم لو كان ارتضاء لنفسه وقبالة مختارا منع . وقد قبل عمر شهادة علقمة الخصي على قدماء بن مظلون ، ورواه ابن أبي شيبة بسنده . ورواه أبو نعيم في الحلية : حدثنا إسماعيل بن مسلم عن أبي المتوكل أن الجارود شهد على قدماء أنه شرب الخمر ، فقال عمر رضى الله عنه : هل معك شاهد آخر ؟ قال لا ، قال عمر : يا جارود ما أراك إلا مجاودا ، قال : يشرب خنثك الخمر وأجلد أنا ، فقال علقمة الخصي لعمر : أتجوز شهادة الخصي ؟ قال : وما بال الخصي لا تقبل شهادته ؟ قال : فإني أشهد أني رأيت يقيمها ، فقال عمر : ما قاما حتى شربها ، فأقامه ثم جلده . وأخرجه عبد الرزاق مطولا (وقوله وولد الزنا) أى تقبل شهادته في الزنا وغيره ، إذ لا تزر وزارة وزر أخرى . وعن مالك رحمه الله : لا تقبل في الزنا وهو ظاهر من الكتاب (وشهادة الخنثى المشكل بجائزة) إذا شهد مع رجل وامرأة ، فلو شهد مع رجل واحد أو امرأة واحدة لا تقبل ، إلا إذا زال الإشكال بظهور ما يحكم به بأنه رجل أو امرأة فيعمل بمقتضاه (قوله وشهادة العمال جائزة) والمراد عمال

رضى الله عنهما ختنا اليوم السابع أو بعد الأربع ، إنك شاذ (و) تقبل شهادة (الخصي) وهو مزروع الخصية لأن عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ، ولأنها قطعت ظلما فصار كمن قطعت يده (و) تقبل شهادة (وإد الزنا) لأن فسق الأبوين لا يربو على كفرهما وكفرهما غير مانع لشهادة الابن ففسقهما أولى (وقال مالك لا تقبل شهادته في الزنا لأنه يجب أن يكون غيره ككثله) والكاف زائدة كما في قوله تعالى تعالى - ليس ككثله شيء - فيهم . قلنا : الكلام في العدل وحده ذلك بقلبه ليس بقادح لأنه غير مؤاخذ به ما لم يتحدث به ، سلمناه لكن لأنسلم أن العدل يختار ذلك أو يستجبه (وتقبل شهادة الخنثى لأنه رجل أو امرأة وشهادة الجنسين مقبولة بالنص) قل الله تعالى - واستشهدوا شهيدين من رجالكم - فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان - ويشهد مع رجل وامرأة الاحتياط ، وينبغي أن لا تقبل شهادته في الجوارود والتصاص كنساء لا حثال أن يكون امرأة (قال وشهادة العمال جائزة) قال فخر الإسلام : وعاء المشايخ رحمهم الله معنى قوله في الجامع الصغير أنه كان

(قوله سلمنا لكن لا نسلم أن العدل النج) أقول : فيه بحث ، إذ لا وجه لهذا الكلام بعد تسليم مسلمة . والجواب أن المسلم هو علم كون الشخص معيا بالتحدث - يعني سلمنا أنه مؤاخذ قبل التصديق فيفتح بالدلالة ، إلا أن الموازنة في إرادة ذلك واعتباره لا في مجرد الحب الطبيعي ، ولا نسلم أن العدل يريد ذلك .

وقيل العامل إذا كان وجبياً في الناس ذا مروءة لا يمازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبي يوسف رحمه الله في القاسق ، لأنه لوجهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ولما بهته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة . قال (وإذا شهد الرجل أن أباهما أوصى إلى فلان والوصى يدعى ذلك فهو جائز استحساناً ، وإن أنكر الوصى لم يجز) وفي

السلطان ، لأن العمل نفسه ليس يفسد لأنهم معين للخليفة على إقامة الحق وسبابة المال الواجب ، ولو كان فسقاً لم يله أبو هريرة وأبو موسى الأشعري لعمر وكثير ، وهذا أحسن مما قيل ، وأو كان فسقاً لم يله أبو بكر وعمر وعثمان رضي الله عنهم لأن هؤلاء خلفاء العمال في العرف من يوليهم الخليفة عملاً يكون نائبه فيه ، وكان الغالب فيهم العدالة في ذلك الزمان فتقبل ما لم يظهر ويتشع عنه الظلم كاللهجاء . وقيل أراد ما روى عن أبي يوسف في القاسق الوجيه وعلمت مانيه وردته شهادة الوزير لقوله للخليفة أنا عبدك يبعد هذه الرواية . وقيل أراد بالعمال الذين يحدون ويؤجرون أنفسهم للعمل ، لأن من الناس من رد شهادة أهل الصناعات الخسيسة فأرد هذه المسئلة لإظهار مخالفتهم ، وكيف لا وكسبهم أطيب كسب ، وذكر الصدر الشهيد أن شهادة الرئيس لا تقبل ، وكذا الخاني والصراف الذي يجمع عنده الدراهم ويأخذها طوعاً لا تقبل . وقلمنا عن البر دوى أن القائم بتوزيع هذه التواب السلطانية والجايات بالعدل بين المسلمين مأجور وإن كان أصاه ظلماً ، فعلى هذا تقبل شهادته ، والمراد بالرئيس رئيس القرية وهو المسمى في بلادنا شيخ البلد . ومثله المعروف في المراكب والعرفاء في جميع الأصناف وضبان البهات في بلادنا لأنهم كلهم أعوان على الظلم (قوله وإذا شهد الرجلان) صورتها : رجل ادعى أنه وصى فلان

يعنى أباحية يميز شهادة العمال عمال السلطان الذين يعينه في أخذ الحقوق الواجبة كالخراج وزكاة السواهم لأن نفس العمل ليس يفسد ، لأن أجلاء الصلابة رضي الله عنهم كانوا عمالاً ولا يظن بهم فعل ما يفسد في العلانية ، إلا إذا كانوا أعوان السلطان معينين على الظلم فإنه لا تقبل شهادتهم (قوله وقيل العامل إذا كان وجبياً في الناس ذا مروءة لا يمازف في كلامه تقبل شهادته) لعله يريد به إذا كان عوناً له على الظلم فإنه إذا لم يكن كذلك لم يشترط فيه ذلك ، ويدل على ذلك تمثيله بما مر عن أبي يوسف في القاسق (لأنه لوجهته لا يقدم على الكذب حفظاً للمروءة ولما بهته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة) وقيل : أراد بالعمال الذين يحملون بأيديهم أو يؤجرون أنفسهم لأن من الناس من قال : لا تقبل شهادتهم ، فيكون إيراد هذه المسئلة رد لقولهم لأن كسبهم أطيب الأكساب ، قال صلى الله عليه وسلم : أفضل الناس عند الله من يأكل من كسبه ؟ فأتى يوجب جرحاً ؟ قال (وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان الخ) إذا شهد رجلان أن أباهما أوصى إلى فلان أو شهد الموصى لهذا أو شهد غريمان لهذا على الميت دين أو شهد غريمان للعتب عليهما دين أو شهد وصيان أنه أوصى إلى ثالث معهما فذلك خمس مسائل ، فلا يؤول إما أن يكون الموت معروفاً والوصى راضياً أو لم يكن ، فإن كان الثاني لم يجز في القياس والاستحسان إلا في الرابعة فإن ظهور الموت ليس بشرط كما سنده وإن كان الأول جاز استحساناً . وفي القياس لا يجوز لأنها شهادة منهم

(قال المصنف : وإذا شهد الرجلان أن أباهما أوصى إلى فلان) أقول : يقال أوصى إليه أي جعله وصياً ، وأوصى له بكذا أي جعله موصى له (قال المصنف : والوصى يعني ذلك فهو جائز استحساناً) أقول : قوله والوصى يعني : أي والوصى يرضى ، هكذا نسخ ليال . ثم رأيت في شرح الجامع الصغير لرواينا علماء الدين الأسود مائة : والمراد من الموصى في قوله والوصى يعني هو الذي أوصى ، إذ الجواز لا يتوقف على الموصى بل القاسق أن يتصب وصياً وإذا وصى هو به انتهى .

القياس : لا يجوز وإن ادعى ، وعلى هذا إذا شهد الموصى لهما بذلك أو غريبان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو شهد الوصيان أنه أوصى إلى هذا الرجل معهما . وجه القياس أنها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه . وجه الاستحسان أن للقاضي ولاية نصب الوصى إذا كان طالبا والموت معروف ، فيكنى القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لأن ثبت بها شيء فصار كالقرعة والوصيان إذا أقر أن معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما ، بخلاف ما إذا أنكرا ولم يعرف الموت لأنه ليس له ولاية نصب الوصى فتكون الشهادة هي الموجبة ، وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وإن لم يكن الموت معروفا لأنهما يقرآن على أنفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما

الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان لذلك الميت أو غريبان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا . وللقياس أن لا يجوز ، لأن شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد . أما الوارثان لقصد نصب من يتصرف لهما ويرى معهما ويقوم بإحياء حقه قهما والغريبان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمدينون لوجود من يبرءان بالبلغ إياه والوصيان لوجود من يعينهما في التصرف في المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل . وجه الاستحسان أن لم نوجب بهذه الشهادة على القاضي شيئا لم يكن واجبا عليه ، بل إنما اعتبرناها على وزان القرعة لا يثبت بها شيء . ويجوز استعمالها لفائدة غير الإثبات كما نجاز استعمالها لطبيب القلب في السفر بإحدى نسائه ولدفع التهمة عن القاضي في تعيين الأنصبة ، فكذا هذه الشهادة في هذه الصور لم تثبت شيئا ، وإنما اعتبرناها لفائدة إسقاط تعيين الوصى عن القاضي ، فإن للقاضي إذا ثبت الموت ولا وصى أن ينصب الوصى ، وكذا إذا كان للميت وصى وادعى العجز وهذه الصور من ذلك فإن الشهادة لم تثبت شيئا وثبت الموت فللقاضي أو عليه أن ينصب وصيا ، فلما شهد هؤلاء بوصاية هذا الرجل فقد رضوه واعترفوا له بالأهلية الصالحة لذلك ، فيكنى القاضي بملك مؤنة التفهيم على الصالح ، وعين هذا الرجل بتلك الولاية لابلوية أوجبها الشهادة المذكورة وكذلك وصيا الميت لما شهدا بالثالث فقد اعترفا بعجز شرعى منهما عن التصرف إلا أن يكون هو معهما ، أو بعجز علمه الميت منهما حتى أدخلته معهما فينصب القاضي الآخر ،

لعود المنفعة إليه ينصب من يقوم بإحياء حقوقه أو فراغ ذمته ولا شهادة لهم . وجه الاستحسان أنها ليست بشهادة حقيقة لأنها ما توجب على القاضي ما لا يتمكن منه بدونها (وهذه ليست كذلك لمكانة من نصب الوصى إذا رضى الوصى والموت معروف حفظاً لأموال الناس عن الضياع لكن عليه أن يتأمل في صلاحية من ينصبه وأهليته وهؤلاء بشهادتهم كفروه مؤنة التعيين ولم يثبتوا بها شيئا فصار كالقرعة في كونها لميت بجمعة بل هي دافعة مؤنة تعيين القاضي . فإن قيل ليس للقاضي نصب وصى ثالث فكانت الشهادة موجبة عليه ما لم يكن له . أجاب بأن الوصيين إذا اعترفا بعجزهما كان له نصب ثالث وشهادتهما هاهنا بالثالث معهما اعتراف بعجزهما عن التصرف لعدم استقلالهما به فكان كما تقدم بخلاف ما إذا أنكر ولم يعرف الموت لأنه ليس له نصب ولاية الوصى إذ ذاك فكانت هي الموجبة إلا في الغريمين له عليهما دين فإنها تقبل وإن لم يعرف الموت لأنهما يقرآن على أنفسهما بالمالك فيثبت الموت

(قوله لأنه ليس له نصب ولاية الوصى) أقول : الظاهر أن يقال ليس له ولاية نصب الوصى .

(وإن شهدا أن أباهما الغائب وكله يقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل أو أنكره لانتقال شهادتهما) لأن القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب ، فلو ثبت إنما ثبت بشهادتهما وهى غير موجبة لمكان التهمة

وفى الصور كلها ثبوت الموت شرط لأن القاضى لا يملك نصب وصى قبل موت إلا فى شهادة الغريمين المدينين فإنه لا يشترط فى إثبات الوصى الذى شهدا له ثبوت الموت لأنهما مقرران على أنفسهما بثبوت حق قبض الدين لهذا الرجل فضررها فى ذلك أكبر من نفعهما فتقبل شهادتهما بالوصية والموت جميعا ، وهذا بخلاف ما لو شهدا أن أباهما الغائب وكل هذا الرجل يقبض دينه وهوىدى الوكالة لا تقبل لأنه ليس للقاضى ولاية نصب الوكيل عن الغائب ، فلو أثبت القاضى وكالته لكان مثبتا لها بهذه الشهادة وهى لا تقبل فتمكن التهمة فيها على ما عرف. وإذا تحققت ما ذكر ظهر أن عدم قبول هذه الشهادة ثابت قياسا واستحسانا إذ ظهر أنه لم يثبت بها شيء وإنما ثبت عندهما نصب القاضى وصيا اختاروه ، وليس هنا موضع غير هذا يصرف إليه القياس والاستحسان ، ولو اعتبرا فى نفس إيصاء القاضى إليه فالقياس لأبأباه فلا وجه لجعل المشايخ فيها قياسا واستحسانا . والمتقول عن أصحاب المذهب فى الجماع الصغير ليس إلا محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة رحمه الله فى شاهدين شهدا لرجل أن أباهما أوصى إليه قال : جائز إن ادعى ذلك ، وإن أنكر لم يجز ، وإن شهدا أن أباهما وكله يقبض ديونه بالكوفة كان باطلا فى ذلك كله لأن القاضى لا يقدر على نصب وكيل عن الغائب ، فلو نصبه كان عن هذه الشهادة وهى ليست بموجبة .

[فروع] إذا شهد المودعان بكون الوديعة ملكا لمودعهما تقبل ، ولو شهدا على إقرار مدعى أنها ملك المودع لا تقبل إلا إذا كان رد الوديعة على المودع ، ولو شهد المرتب أن بالرهن لمدعى قبيل ، ولو شهدا بذلك بعد هلاك الرهن لا تقبل ويضمنان قيمته للمدعى لإقرارهما بالنصب ، ولو شهدا على إقرار المدعى بكون الرهن ملك الراهن لا تقبل ، وإن كان الرهن هالكا إلا إذا شهدا بعد رد الرهن ، وإذا أنكر المرتبان فشهد الراهنان بذلك لا تقبل وضمانا قيمته للمدعى لما ذكرنا ، ولو شهد الغاصبان بالملك للمدعى لا تقبل إلا إذا كان بعد رد المغصوب ، ولو هلك فى يدهما ثم شهدا للمدعى لا تقبل ، ولو شهد المستقرضان بأن الملك فى المستقرض للمدعى لا تقبل لا قبل الدفع ولا بعده ، ولو رد عينه ، وعن أبي يوسف تقبل بعد رد العين لعدم الملك قبل استهلاكه عنده حتى كان أسوة الغرماء إذا شهد المشتريان شراء فاسدا بأن المشتري ملك للمدعى بعد القبض لا تقبل وكذا لو نقض القاضى العقد أو تراضوا على نقضه هذا إذا كان فى يدهما ، فلو رداه على البائع ثم شهدا قبيل ، ولو شهد المشتري بما اشترى الإنسان ولو بعد التقابل أو الرد بالميب بلا قضاء لا تقبل ، كالبائع إذا شهد بكون المبيع ملكا للمدعى بعد البيع ، ولو كان الرد بطريق هو فسق قبيل وشهادة الغريمين بأن الدين الذى عابها لهذا المدعى لا تقبل وإن قضيا الدين ، وشادة المستأجر بكون الدار للمدعى إن قال المدعى إن الإجارة كانت بأمرى لا تقبل ، ولو قال كانت بغير أمرى تقبل ، وشهادة ساكن الدار بغير إجارة للمدعى أو عليه تقبل خلافا لمحمد فيها عليه بناء على تجويز غصب العقار وعدمه ولو شهد عيdan بعد العتق عند اختلاف المتعاقدين أن الثمن كذا لا تقبل . وفى العيون : أعتهما بعد الشراء ثم شهدا على البائع أنه استوفى الثمن من المشتري عند جحوده تجوز إجماعا ، ولو وكله بالخصومة فى ألف قبل فلان فخاصم عند غير القاضى ثم عزله الموكل قبل الخصومة عند القاضى فشهد بهذه الألف لموكله جازت ، خلافا لأبي يوسف فإنه يجعله بمجرد الوكالة قام مقام الموكل ، ولو كان خاصم عند القاضى والباقى بحاله لم تجز ، ولو خاصم فى الألف

فى حقهما باعتبارهما ، وإن شهدا أن أباهما الغائب وكل فلانا يقبض ديونه بالكوفة لم تقبل شهادتهما أنكر الوكيل ذلك

قال (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك) لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لأن له الدفع بالثوبة فلا يتحقق الإلزام ، ولأنه هناك السر والستر واجب والإشاعة حرام ، وإنما يرخص ضرورة إحياء الحقوق

عند القاضى والوكالة بكل حق قبل فلان فعز له فشهد لموكله بمائة دينار ، إن كان التوكيل عند القاضى قبلت ، وإن كان خارجا عنه فاحتاج إلى إثبات الوكالة عند القاضى بالإثبات لأن التوكيل لما اتصل بها القضاء صار التوكيل خصما فى جميع ما على هذا الرجل فشهادته شهادة الخصم ، بخلاف الأول لأن القاضى علم بالوكالة وعلمه ليس قضاء فلا يصير خصما فتقبل فى غير ما صار فيه خصما ، هذا كله فى الوكالة الخاصة وهى التوكيل بالخصومة والطلب لما على رجل معين . وحكمها أن لا يتناول الحادث بعد التوكيل ، أما العامة وهى أن يوكله بطلب كل حق له قبل جميع الناس أو أهل مصر فيتناول الحادث بعد التوكيل وفيها لا تقبل شهادته لموكله بشئ على أحد بعد العزل إلا على ما وجب بعد العزل . شهد ابن الموكل أن أباهما وكل هذا يقضى ديونه لا تقبل لإذاجده المطالب بالوكالة وكذا فى الوكالة بالخصومة وشهادة ابن التوكيل على الوكالة لا تقبل ، وكذا شهادة أبويه وأجداده وأحفاده وشهادة الوصى للميت بعد ما أخرجه القاضى عن الوصاية لا تقبل ولو بعد ما أحركت الورثة سواء خاصم فيه أو لا ، ولو شهد لتكبير على أجنبي تقبل فى ظاهر الرواية ، ولو لتكبير وصغير معا فى غير الميراث لا تقبل ، ولو شهد الوصيان على إقرار الميت بشئ معين دار أو غيرها لوارث بالغ تقبل ، والله أعلم (قوله ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح ولا يحكم به) قيل قوله ولا يحكم به تنكرار . أوجب يجوز أن لا يسمع البينة ويحكم بعلمه فلم يلزم من عدم السماع عدم الحكم على نفي الأجرين ، والمراد الجرح المفرد عن حق للشرع أو للعبد ، فإن كان متضمنا أحدهما سمعت الشهادة وحكم بها ، وذلك بأن يشهدوا أن الشهود فسقة أو زناة أو آكلة الربا أو شرية الخمر ، أو على إقرارهم أنهم شهدوا بالزور أو أنهم رجعوا عن الشهادة ، أو على إقرارهم أنهم أجروا هذه الشهادة ، أو إقرارهم أن المدعى

أو ادعاه لأن القاضى لا يملك نصب التوكيل عن الغائب ، فلو ثبت كانت موجبة والتهمة ترد ذلك قال (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح الخ) الجرح إما أن يكون مجردا أو غيره لأنه لا يخلو إما أن يكون مما يدخل تحت حكم الحاكم أولا . والثانى هو المفرد لتمرده عما يدخل تحت الحكم ، والأول هو الثانى ولك أن تسميه مركبا ، فإذا شهد شاهد المدعى على الغريم بشئ وأقام الغريم بينة على الجرح المفرد مثل إن قالوا هم فسقة أو زناة أو آكلو ربا فالقاضى لا يسمعها . واستدل المصنف بوجهين : أحدهما قوله لأن الفسق مما لا يدخل تحت الحكم يمكن القضى عليه من رفعه بالثوبة ورفض الإلزام ، ومما عاها وإنما هو للحكم والإلزام . والثانى قيل وعليه الاعتماد أن فى الجرح المفرد هناك السر وهو إظهار الفاحشة وهو حرام بالنص فكان الشاهد فاسقا بهتاك واجب السر وتماطى إظهار الحرام فلا يسمعها الحاكم . فلان قيل : ما بالهم لم يجعلوا عدلين فى العلانية فيسمع منهم الجرح المفرد ؟ أوجب بأن من شرط ذلك فى زماننا أن يقول لا أعلم من حاله أو يعلم القاضى بذلك سرا إذا سأله القاضى تفاديا عن التعادى واحترزا عن إظهار الفاحشة ، وليس فيها نحن فيه ذلك . وإنما قال ولا يحكم بذلك وإن كان عدم السماع يفيد

(قوله هم فسقة أو زناة) أقول : أى زناة فى زمن متقدم (قوله أوجب بأن من شرط ذلك فى زماننا الخ) أقول : فيه أن التشديد بقوله فى زماننا يدل على جواز تفسير الشاهد علانية فى الزمان الأول ، وهو المفهوم أيضا من الكتب مع أن الدليل المتشدد يفيد كالاختصاص فى جوابه .

وذلك فيما يدخل تحت الحكم (إلا إذا شهدوا على إقرار المدعى بذلك تقبل) لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم . قال (ولو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لم تقبل) لأنه شهادة على جرح مجرد ، والاستتجار وإن كان أمرا زائدا عليه فلا خصم في إثباته لأن المدعى عليه في ذلك أجنبى عنه ، حتى لو أقام المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان في يده تقبل لأنه خصم في ذلك

مبطل في هذه الدعوى ، أو إقرارهم أن لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة . ففي هذه الوجوه تقبل لثلاثة أوجه : أحصاها الوجهان اللذان ذكرهما المصنف . أحدهما أن الشهادة إنما تقبل للحكم فلا بد من كون الشهود به مما يدخل تحت الحكم ، والفسق لا يدخل تحت الحكم لأن الحكم إلزام وليس في وسع القاضى إلزام النفس لأحد بممكنه من رفعه في الحال بالتوبة . الثانى أن بمجرد هذه الشهادة يفسق الشاهد فلا تقبل شهادته : وهذا لأن فيه إشاعة الفاحشة وهو متوعد عليه . قال تعالى - إن الذين يجيئون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا هم عذاب ألم - فإن قيل : ليس المقصود إشاعة الفاحشة بل دفع الضرر عن المشهود عليه . أجيب بأن دفعه ليس ينحصر في إفادة القاضى على وجه الإشاعة بأن يشهد في مجلس القضاء المشتمل على ملائمة الناس ، إذ يندفع بأن يجرح القاضى سرا فيتفرع على هذا الصور التي ذكرناها . ومنها ما لو أقام رجل : يعنى المدعى عليه البينة أن المدعى استأجر الشهود لهذا الأداء لأنه على جرح مجرد . فإن قيل : الاستتجار أمر زائد على مجرد الجرح . أجاب المصنف عنه بقوله والاستتجار وإن كان أمرا زائدا فلا خصم في إثباته ، لأن المدعى عليه ليس نائبا عن المدعى في إثبات حقه هذا بل أجنبى عنه . وأورد أنه ينبغي أن تقبل هذه الشهادة بجميع ما ذكرنا من وجوه الترتيق من وجه آخر ، وهو أن يجعلوا مزيين لشهود المدعى فيغيرون بالواقع من الجرح فيعارض تعديلهم ، وإذا تعارض الجرح والتعديل قدم الجرح . أجب بأن المعدل في زماننا يجرح القاضى سرا نقاديا من إشاعة الفاحشة والتعاضد ، وأما الرجوع عن الشهادة فإنه لا يسمع إلا عند القاضى ، وقول الشاهد لا شهادة عندى أشك أو ظن عراه بعد مامضت فلا تقبل الشهادة ، فأما لو كان الجرح غير مجرد بل يتضمن إثبات حق للعبد أو لله سبحانه بأن يشهدوا أن المدعى استأجرهم بعشرة وأعطاهموها من مالى الذى كان في يده أو أنى صالحتهم على كذا ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا على بهذا وقد شهدوا وأنا أظلمهم بهذا المال الذى وصل إليهم تقبل ، بخلاف ما لو قال صالحتهم على كذا إلى آخره ، لكن لم أدفع إليهم المال لا تقبل لأنه تبرح مجرد ، وكذا إذا شهدوا أن الشاهد عبد أو عبيد في قلف أو شرب الخمر أو سرق منى أو زنى

بحوز أن يحكم بذلك بعلمه فقال ولا يحكم بعلمه أيضا (قوله إلا أنه) استثناء من قوله لأن الفسق وهو منقطع : أى لكن إذا شهد شهود المدعى عليه على المدعى أنه أقر أن شهودى فسقة فلنأخذ تقبل (لأن الإقرار مما يدخل تحت الحكم) ولم يظهروا الفاحشة وإنما حكوها عن غيرهم وهو المدعى ، والحاكى لاظهارها ليس كظهورها ، وكذا إذا شهدوا بأن المدعى استأجر الشهود لم يسمعها لأنه جرح مجرد ، وضم الاستتجار إليه ليس بمخرج له عن ذلك لأنه من حقوق العباد فيحتاج إلى خصم يحكم له الحاكم ولا خصم فيه لكونه أجنبيا عنه (حتى لو أقام البينة أن المدعى استأجرهم بعشرة دراهم ليؤدوا الشهادة وأعطاهم العشرة من مالى الذى كان في يده قبلت لأنه خصم في ذلك) فكان

(قوله إلا أنه استثناء الخ) أقول : في نسخ النهاية إلا إذا بلغ ، فقول الشارح قوله إلا أنه الخ ليس كما ينبغي ، بل الصواب أن يقال : إلا إذا . ثم إن قوله استثناء من قوله لأن الفسق غير مسلم بل هو استثناء من قوله ولا يسمع لقاضى البينة .

ثم يثبت الجرح بناء عليه ، وكذا إذا أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا على هذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك المال ، ولهذا قلنا إنه لو أقام البينة أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو قاذف أو شريك المدعى تقبل .

أوشريك المدعى فيما ادعى به من المال أو شهدوا على إقرارهم بأنهم لم يحضروا ذلك الجحاس الذي كان فيه هذا الأمر قبلت ، أو على إقرار المدعى أنه استأجرهم تقبل في ذلك كله لأن منه ما تضمن حقا للعبد ومواضعه ظاهرة وفي ضمنه يثبت الجرح . ومنه الشهادة برقمهم فإن الرق حتى للعبد . ومنه ما تضمن حقا للشرع من حد كالشهادة بسرقتهم وشربهم وزناهم أو غير حد كالشهادة بأنهم محدودون ، فإنها قامت على إثبات قضاء القاضي وقضاء القاضي حق الشرع . ومنه ما هو مبطل لشهادتهم ولم يتضمن إشاعة فاحشة فتقبل . ومنه شهادتهم بأنهم شركاء المشهود له إذ ليس فيه إظهار الفاحشة فتقبل فتصير الشركة كالمعاينة ، والمراد أنه شريك مفادى فلهما حصل من هذا المال الباطل يكون له فيه منفعة لأن يريد أن شريكه في المدعى به والإلحاح إقرارا بأن المدعى به لها ، وكذا كل ما يشهدون به على إقرار المدعى بما نسبته إلى شربه من فسقهم ونحوه ليس فيه إشاعة منهم ، بل إخبار عن إخبار المدعى عنهم بذلك فتصح كما لو سمع منه ذلك وذلك منه اعتراف ييطان حقه والإنسان مؤاخذ بزعمه في حق نفسه وكذا الإشاعة في شهادتهم أنهم محدودون إنما هي منسوبة إلى قضاء القاضي أو شهادة القذف . هذا وقد نص الخصاص في الجرح المجرد أنه تقبل الشهادة به قليل في وجهه أنه يسقط العدالة فتقبل كالأرق وأنت سمعت الفرق . وأول جماعة قول الخصاص بمحمله على شهادتهم على إقرار المدعى ذلك أو أنه يجعل كشاهد زكاه نفر وبزوجه نفر وقد تقدم في هذا ما يمنعه . ثم قد وقع في عدة صور علم القبول أن يشهدوا بأنهم فسقة أو زناة أو شربة خمر . وفي صور القبول أن يشهدوا بأنه شرب أو زنى لأنه ليس . بخط مجرد انضمامه دعوى حتى الله تعالى وهو الحد ويحتاج

جرحا مركبا فدخل تحت الحكم وثبت الجرح بناء عليه (وكذا إذا أقامها على أنى صالحت الشهود على كذا من المال ودفعته إليهم على أن لا يشهدوا على هذا الزور وقد شهدوا وطالبهم برد المال) لما قلنا ، بخلاف ما إذا قال ذلك ولم يقل دفعته إليهم فإنه جرح مجرد غير مسموع (قوله ولهذا قيل) أى ولما قلنا إنه لو أقام البينة على جرح فيه حق من حقوق العباد أو من حقوق الشرع وليس له ذكر في المتن ، وقيل لما قلنا من الدليلين في الجرح المجرد قلنا كذا وهو بعيد وكان المناسب أن يقول ولذلك وهذا أسهل ، والمعنى إذا أقام المدعى عليه البينة (أن الشاهد عبد أو محدود في قذف أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك المدعى قبلت) لأنه إثبات حتى يدخل تحت

(قال المصنف : وكذا لو أقامها على أنى صالحت) أقول : لعل المراد بصالحت أطلعت الرشوة لنفع ظلم وإلا فلا صلح بالمعنى الشرعي بينهما . (قوله ولهذا قيل) أقول : المقاتل هو الكاكي . (قوله وليس له ذكر في المتن) أقول : والآمر فيه بين أيضا ، فإن المطلوبة بالاتزام تكن في ذلك لأن تخصيص علم سماع بينة الجرح المجرد بالكريهة عليه دلالة واضحة ، فإن التخصيص بالذكر في الروايات يدل على أن الحكم عما عدا المذكور (قوله وقيل لما قلنا البتة) أقول : والأظهر أن يقال : لما مر من أن علم سماع بينة الجرح المقدر مبنى على هذين الدليلين . قلنا كيت وكيت لعدم جريئها لأن الأصل هو القبول ولا مانع ، وإنما قلنا إن الأظهر ذلك لما لا يخفى بما في تقرير الشارح حيث يدل على أن ما ذكره مبنى على ذلك الدليلين وليس الأمر كذلك (قوله وكان المناسب أن يقول ولذلك) أقول : ليكون إشارة إلى بعده (قوله أو شارب خمر أو سارق أو قاذف أو شريك للمدعى) أقول : أو شارب : أى ولم يتقدم ، وقوله أو سارق : أى من المدعى عليه ، وقوله أو قاذف : أى والحال أن القذف يعميه ، وقوله أو شريك للمدعى : أى والمضى ما .

قال (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي ، فإن كان عدلا جازت شهادته) ومعنى قوله أوهمت أى أخطأت بنسيان ما كان يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة . ووجهه أن الشاهد قد يبئى بمثله لمهابة

إلى جمع وتأويل (قوله ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي : أى أخطأت لنسيان) عرائى بزيادة باطلة بأن كان شهد بألف فقال إنما هي خسائة ، أو بنقص بأن شهد بخسائة فقال أوهمت إنما هي ألف (جازت شهادته) إذا كان عدلا : أى ثابت العدالة عند القاضي أولا فسال عنه فعدل (ووجهه أن الشاهد قد يبئى به

الحكم من غير إشاعة فاحشة . أما قوله إنه عهد فلما أنه يثبت الرق وهو ضعف حكى أثره في سلب الولاية وهو حتى الله تعالى وموضعه أصول الفقه . وأما قوله إنه محدود في قذف فلأنه تعالى به حكم وهو كالالحذ برد شهادته وهو حتى الله ، وكذلك حد الشرب وحد القذف وحد السرقة . فإن قيل : في هذه الشهادة إظهار الفاحشة كما فيها تقدم فكيف سمعت ؟ فالجواب أن إظهار الفاحشة إذا دعت إليه ضرورة جازت لقوله صلى الله عليه وسلم « اذكروا الناجر بما فيه » وقد تحققت لإقامة الحد . لا يقال : وقد تحققت في الجرح المجرد أيضا للدفع الخصومة بشهود غير مرضية عن المدعى عليه ، لأنها تندفع بأن يقول للقاضي سرا ولا يظهره في مجلس الحكم ، وعلى هذا في إقامة البينة على ذلك اعتباران : أحدهما أن يكون يبرح الشهادة وهو غير مقبول . والثاني لإقامة الحد وهو مقبول ، ومن علاماته عدم التقدم . وأما إثبات الشركة فهو من قبيل الدفع بالتهمة كما إذا أقام البينة أن الشاهد ابن المدعى أو أبوه . قال (ومن شهد ولم يبرح الخ) ومن شهد ثم قال أوهمت بعض شهادتي قال فخر الإسلام : أى أخطأت بنسيان ما يحق على ذكره أو بزيادة كانت باطلة : يعنى تركت ما يجب على أو أتيت بما لا يجوز لى ، فإما أن يقول ذلك وهو في مجلس القاضي أو بعدما قام عنه ثم عاد إليه ، وعلى كل من التقديرين إما أن يكون عدلا أو غيره ، والمتدارك إما أن يكون موضع شبهة التلبس والتغريم من أحد الخصمين أو لا ، فإن كان غير عدل ردت شهادته مطلقا : أى سواء قاله في المجلس أو بعده في موضع الشبهة أو غيره ، وإن كان عدلا قيات شهادته في غير موضع الشبهة مثل أن يدعى لفظة الشهادة وما يجري مجراه مثل أن يترك ذكر اسم المدعى والمدعى عليه أو الإشارة إلى أحدهما سواء كان في مجلس القضاء أو في غيره ، وتدارك ترك لفظ الشهادة إنما يهتور قبل القضاء ، إذ من شرط القضاء أن يتكلم الشاهد بلفظ أشهد والمشروط لا يتحقق بدون الشرط . وأما إذا كان في موضع شبهة التلبس كما إذا شهد بألف ثم قال غلطت بل هي خسائة أو بالعكس فلأنها تقبل إذا قال في المجلس بجميع ما شهد أولا عند بعض المشايخ ، لأن الشهود له استحق القضاء على القاضي بشهادته ووجب قضاؤه فلا يسقط ذلك بقوله أوهمت وبما بقى أو زاد عند آخرين ، لأن الحادث بعد الشهادة من العدل في المجلس كالمقرون بأصلها وإليه مال خمس الأئمة السرخسى رحمه الله ، وهذا التدارك يمكن أن يكون قبل القضاء بتلك الشهادة وبعدها ، قال المصنف (ووجهه أن الشاهد قد يبئى بمثله لمهابة

(قال المصنف : حتى قال أوهمت بعض شهادتي) أقول : منصوب على نزع الجافض : أى في بعض شهادتي (قال المصنف : قوله أوهمت أى أخطأت) أقول : الأول حذف أى التضمينية كما لا يخفى فيكون مجازا من باب ذكر الجافض وإيراد العام ، لأن أوهم بمعنى أسقط (قال المصنف : أو بزيادة كانت باطلة) أقول : جليو كانت باطلة صفة لزيادة (قوله بجميع ما شهد أولا) أقول : أى ألقا أو خسائة (قوله وبما بقى أو زاد عنه آخرين الخ) أقول : والأظهر معنى قول الآخرين . فإن على قول بعض المشايخ يكون الشاهد مكذبا في قوله الثاني فيبئى أن لتقبل شهادته مطلقا ، ثم إن المراد من قوله وبما بقى خسائة ومن قوله أو زاد ألب (قوله وبما) أقول : الظاهر أن يقال بعده .

مجلس القضاء فكان العنبر واضحا فتقبل إذا تداركه في أوانه وهو عدل ، بخلاف ما إذا قام عن المجلس ثم عاد وقال أوهمت ، لأنه يوم الزيادة من المدعى بتليبس وخيانة فوجب الاحتياط ، ولأن المجلس إذا اتحد لحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد ، ولا كذلك إذا اختلف . وعلى هذا إذا وقع الغلط في بعض الحدود أو في بعض النسب وهذا إذا كان وضع شبهة ، فأما إذا لم يكن فلا بأس بإعادة الكلام أصلا مثل أن يدع انقطة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وإن قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا .

لهاية مجلس القضاء) إذ طبع البشر الذ . يان وعدلته مع عدم التهمة توجب قبول قوله ذلك ، بخلاف ما إذا غاب ثم رجع فقال ذلك يمكن تهمة استغواء المدعى في الزيادة والمدعى عليه بالنقص في المال فلا تقبل (وعلى هذا إذا غلط في بعض الحدود) بأن ذكر الشرقي مكان الغربي ونحوه (أو في بعض النسب) بأن قال محمد بن علي بن عمر إن تداركه في المجلس قبل وبعده لا ، وإذا جازت ولم ترد فبماذا يقضى ؟ قيل بجميع ما شهد به لأن ما شهد به صار حقا للمدعى على المدعى عليه فلا يطل حقه بقواه أوهمت ، ولا بد من قيده بأن يكون المدعى يدعى الزيادة . فإنه لو شهد له بألف وقال بل ألف وخمسة لا يدفع إلا إن ادعى الألف وخمسة . وصورة الزيادة حينئذ على تقدير الدعوى أن يدعى ألف وخمسة فيشهد بألف ثم يقول أوهمت إنما هو ألف وخمسة لاترد شهادته ، لكن هل يقضى بألف أو بألف وخمسة ؟ قيل يقضى بالكل ، وقيل بما بقي فقط وهو الألف ، حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت بخمسة زيادة وإنما هو خمسة يقضى بخمسة فقط لأن ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحلوه عند الشهادة ، وهو لو شهد بخمسة لم يقض بألف فكذا إذا غلط ، وإلعمال شمس الأئمة السرخسي ، فلي هذا قوله في جواب المسئلة جازت شهادته : أي لاترد ، لكن لا يقضى ، إلا كما قلنا سواء كان وهم ذلك قبل القضاء أو بعده . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : إذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زاد فيها قبل القضاء أو بعده وقالوا أوهمنا وهما غير متهمين قبل منهما ، وظاهر هذا أنه يقضى بالكل . وعن أبي يوسف في رجل شهد ثم جاء بعد يوم وقال شككت في كذا وكذا فإن كان القاضي يعرفه بالصلاح تقبل شهادته فيما بقي ، وإن لم يعرفه بالصلاح فهذه تهمة . وعن محمد : إذا شهدوا بأن الدار للمدعى وقضى القاضي بشهادتهم ثم قالوا لا ندرى لمن البناء فإني لا أضمنهم قيمة البناء وحده كما لو قالوا شككتنا في شهادتنا ، وإن قالوا ليس البناء للمدعى ضمنوا قيمة البناء للمشهد عليه . فعمل

بمثل لهاية مجلس القضاء فكان العنبر واضحا فتقبل إذا تداركه في أوانه) وهو قبل البراح من المجلس (وهو عدل . وأما إذا كان بعد ما قام عن المجلس فلم يقبل (لأنه يوم الزيادة من المدعى بإجتماعه الشاهد بحطام الدنيا والنقصان من المدعى عليه بمثل ذلك (فوجب الاحتياط) (قوله ولأن المجلس إذا اتحد) دليل آخر على ذلك ، وفيه إشارة إلى ما مال إليه شمس الأئمة فإنه ألحق الملحق بأصل الشهادة فصار ككلام واحد ، وهذا يوجب العمل بالشهادة الثانية في الزيادة والنقصان كما ذكرناه (وعلى هذا) أي على اعتبار المجلس في دعوى التوهم (إذا وقع الغلط في بعض الحدود) فذكر الشرقي في مكان الغربي أو بالعكس (أو في بعض النسب) كأن ذكر محمد بن

(قوله وفيه إشارة إلى ما مال إليه شمس الأئمة) أقول : بل في الدليل الأول أيضا إشارة إليه يظهر ذلك بالتأمل (قال المصنف : وهذا إذا كان موضع شبهة) أقول : أي شبهة التليبس . وفي النهاية موضع الشبهة هو موضع الزيادة والنقصان انتهى وفيه بحث .

وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير المجلس إذا كان عدلا ، ولذا ظاهرا ما ذكرناه والله أعلم .

بهذا أن الشهود لا يختلف الحكم في قولهم شككتنا قبل القضاء وبعده في أنه يقبل إذا كانوا عدولا ، بخلاف ما إذا لم يكن موضع شبهة وهو ما إذا ترك لفظ الشهادة أو الإشارة إلى المدعى عليه أو المدعى أو اسم أحدهما ، فإنه وإن جاز بعد المجلس يكون قبل القضاء لأن القضاء لا يتصور بلا شرطه وبقلة الشهادة والتسمية ولو قضى لا يكون قضاء .

[فروع] من الخلاصة : وقف وقفا على مكتب وعلى معلمه ففصب فشهد رجال من أهل القرية أنه وقف فلان على مكتب كذا وليس للشهود أولاد في المكتب قبلت ، فإن كان لم أولاد فالأصح أنه يجوز أيضا ، وكذا لو شهد أهل الحلة للمسجد بشيء ، وكذا شهادة الفقهاء على وقفية وقف على مدرسة كذا وهم من أهلها تقبل ، وكذا إذا شهدوا أن هذا المصحف وقف على هذا المسجد أو المسجد الجامع ، وكذا أبناء السبيل إذا شهدوا أنه وقف لأبناء السبيل . وقيل إن كان الشاهد يطلب لنفسه حقا من ذلك لا تقبل . وقال بعضهم منهم الإمام الفضلي : لا تقبل شهادة أهل المسجد . وقال أبو بكر بن حامد في جنس هذه المسائل : تقبل على كل حال لأن كون الفقيه في المدرسة والرجل في الحلة والصبي في المكتب غير لازم بل ينتقل ، وأخذ هذا عما سنده من كلام الخصاص ، ولو شهدوا أنه أوصى لفقراء جيرانه وللشهود أولاد محتاجون في جوار الموصي قال محمد : لا تقبل للابن وتبطل للباقيين ، وفي الوقف على فقراء جيرانه كذلك . وفي وقف هلال قال : تقبل شهادة الجيران على الوقف . قلت : وكذا ذكر الخصاص في أوقافه فيمن شهد على أنه جعلها صدقة موقوفة على فقراء جيرانه أو على فقراء المسلمين وهم من فقراء الجيران قال : تجوز الشهادة لأن فقراء الجيران ليسوا قوما مخصوصين ، ألا ترى أنه إنما ينظر إلى فقراء الجيران يوم تقسم الغلة ، فمن انتقل منهم من جواره لم يكن له في الغلة حق ، ألا ترى أن رجلين فقيرين من أهل الكوفة لو شهدا أنه جعل أرضه صدقة موقوفة على فقراء أهل الكوفة أن الشهادة جائزة فإن الوقف ليس لهما بأعينهما خاصة ، ألا ترى أن ولي الوقف لو أعطى الغلة غيرهما من فقراء الكوفة كان جائزا ، وكذلك كل شهادة تكون خاصة ، وإنما هي عامة مثل أهل بغداد وأهل البصرة ونحو ذلك أن الشهادة جائزة . وذكر قبل هذا بأسطر إن شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على جيرانه وهما جيرانه فشهادتهما باطلة ، وكان الفرق بينهما في هذه الصورة إذ لا جيران له سواهما ، بخلاف تلك الصورة . ولو شهدوا أنه أوصى بثلاثة للفقراء وأهل بيته فقراء لا تقبل ، ولو شهد بعض أهل القرية على بعض أهل القرية بزيادة الخراج لا تقبل ، وإن كان خراج كل أرض معينا أولاخراج للشاهد تقبل ، وكذا أهل قرية شهدوا على ضيعة أنها من قريبهم لا تقبل ، وكذا أهل سكة يشهدون بشيء من مصالح السكة إن كانت السكة غير نافذة لا تقبل . وفي النافذة : إن طلب حقا لنفسه لا تقبل ، وإن قال لا أخذ شيئا تقبل ، وكذا في وقف المدرسة على هذا في فتاوى النسب . وقيل إن كانت السكة نافذة تقبل مطلقا . وفي الأجتناس في الشهادة على الوصية للفقراء وأهل بيت الشاهدين فقراء لا تقبل لهما ولا لغيرهما . ولو شهدا أنه أوصى بثلاثة للفقراء بنى جميع وهما فقيران الشهادة جائزة ولا يعطيان منه شيئا . ولو شهدا أنه جعل أرضه صدقة لله تعالى على فقراء قرابته وهما من

أحمد بن عمر بديل محمد بن علي بن عمر مثلا ، فإن تداركه قبل البراءة عن المجلس قبلت وإلا فلا (وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه يقبل قوله في غير المجلس أيضا في جميع ذلك ، لأن فرض عنكته ينفي توهم التلبيس والتفجير (والظاهر ما ذكرناه) أولا من تعييد ما فيه شبهة للتفجير بالمجلس ، والله أعلم .

(باب الاختلاف في الشهادة)

قال (الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ،

قرايته وهما غنيان يوم شهدا أو فقيران لم تجز شهادتهما . ووضع هذه الحصاف فيما إذا شهدا أنه جعلها صدقة موقوفة على أهل بيته وهما من أهل بيته فهي باطلة . قال : وكذا إذا شهدوا على قراء أهل بيته ومن بعدهم على المساكين ويوم شهدا غنيان قال شهادتهما باطلة ، لأنهما إن افترقا ثبت الوقف لهما بشهادتهما ، وكل شهادة تجز نفعاً للشاهد أو لأبويه أو لأولاده أو لزوجته لا تجوز .

(باب الاختلاف في الشهادة)

الاختلاف في الشهادة خلاف الأصل ، بل الأصل الاتفاق لأن الأصل فيما يتفرع عن جهة واحدة ذلك ، والشهادة كذلك لأنها تتفرع إما عن رؤية كما في النصب والقتل أو سماع لإقرار وغيره ، والشاهدان مستويان في إدراك ذلك فيستويان فيما يؤيدان فلهذا أخره عما لم يذكر فيه خلاف (قوله الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ،

(باب الاختلاف في الشهادة)

تأخير اختلاف الشهادة عن اتفاقها بما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلاً ، والاختلاف إنما هو بمعارض الجهل والكذب فأخره وضعاً للتناسب . قال (الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت الخ) الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ، وإن خالفها لم تقبل ، وقد عرفت معنى الشهادة ، فاعلم أن الدعوى هي مطالبة بحق في مجلس من له الخلاص عند ثبوته ، وموافقها للشهادة هو أن يتحداه نوعاً وكاوكيفاً وزماناً ومكاناً وفعلوا وانفعالا ووضعاً وملكاً ونسبة . فإنه إذا ادعى على آخر عشرة دنانير وشهد الشاهد بعشرة دراهم ، أو ادعى عشرة دراهم وشهد بثلاثين ، أو ادعى سرقة ثوب أحمر وشهد بأبيض ، أو ادعى أنه قتل وليه يوم النحر بالكوفة وشهد بذلك يوم الفطر بالبصرة ، أو ادعى شق زقه وإتلاف ما فيه به وشهد بانشقاقه عنده أو ادعى عقاراً بالجانب الشرقي من ملك فلان وشهد بالغربي منه ، أو ادعى أنه ملكه وشهد أنه ملك ولده ، أو ادعى أنه عبده ولدته الجارية للفلانية وشهد بولادة غيرها لم تكن

(باب الاختلاف في الشهادة)

(قوله والاختلاف إنما هو بمعارض الجهل) أقول : وأيضا الاختلاف هو سلب الاتفاق والاتحاد : أي ملزومه ، وأيضا الاتفاق من الاختلاف كالفرق من المركب ، إذ الاتفاق هو الاتحاد والواحد مقدم على المتعدد فليأمل (قال للمصنف : الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت) أقول : صدر الباب بهذه المسئلة مع أنها ليست من الاختلاف في الشهادة لكونها كالل دليل لوجوب اتفاق الشاهدين ؛ ألا يرى أنها لو اختلفا لزم اختلاف الدعوى والشهادة كما لا يخفى من له أدنى بصيرة (قوله وقد عرفت معنى الشهادة) أقول : فأول كتاب الشهادة (قوله فاعلم أن الدعوى هي مطالبة بحق في مجلس من له الخلاص) أقول : أي من له خلاصه كقولهم تملك - فإن الجنة هي المأوى - (قوله أو ادعى شق زقه) أقول : فيه بحث (قوله وشهد بانشقاقه) أقول : أي من غير شقه (قوله أو ادعى أنه ملكه) أقول : لا يخفى أن المناسب لما سبق هو كون الاختلاف في الملك الذي هو إحدى مقولات الفرض ، وليس كذلك بل ما ذكره من قبيل النسبة .

وإن خالفها لم تقبل) لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة ، وقد وجدت فيها يوافقها وانعلمت فيها يخالفها .

وإن خالفها لم تقبل) لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة لأنها لإثبات في حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى (وقد وجدت) الدعوى (فيها يوافقها) أى يوافق الشهادة فوجد شرط قبولها فقبل (وانعلمت فيها يخالفها) فإنها لما لم توافقها صارت الدعوى بشئ آخر وشرط القبول الدعوى بما به الشهادة . واعلم أنه ليس المراد من الموافقة المطابقة ، بل إما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به ، بخلاف ما إذا كان أكثر ، فن الأقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب أنه تزوجها بمهر كنا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ، ويقضى بمهر المثل إن كان قدر ما ساء أو أقل ، فإن زاد عليه لا يقضى بالزيادة ، كذا في غير نسخة من الخلاصة . والظاهر أنه إنما يستقيم إذا كانت هي المدعية ، ومنه إذا ادعى ملكا مطلقا أو بالتاج فشهدوا في الأول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلنا ، لأن الملك بسبب أقل من المطلق لأنه يفيد الأولية ، بخلافه بسبب يفيد الحلوث ، والمطلق أقل من التاج لأن الملك المطلق يفيد الأولية على الاحتمال والتاج على اليقين ، وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالتاج لاتقبل . ومن الأكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لاتقبل إلا إذا كان ذلك السبب الإرث ،

الشهادة موافقة للدعوى . وأما الموافقة بين لفظيهما فليست بشرط ، ألا ترى أن المدعى يقول ادعى على غريمي هذا والشاهد يقول أشهد بذلك ، واستدل المصنف على ذلك بقوله (لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيها يوافقها وانعلمت فيها يخالفها) أما أن تقدمها فيها شرط لقبولها فلأن القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها ، ولا نهي بالخصومة إلا الدعوى ، وأما وجودها عند الموافقة فلعلم ما يبررها من التكاليف . وأما علمها عند المخالفة الموجود ذلك لأن الشهادة لتصدق الدعوى ، فإذا خالفها فقد كذبها فصار وجودها وعدمها سواء . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه قال : تقدم الدعوى شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيها يوافقها وهو مسلم ، ولكن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط . والثاني أنه عند المخالفة تعارض كلام المدعى والشاهد فما المرجح لصديق الشاهد حتى اعتبر دون كلام المدعى ؟ والجواب عن الأول أن علة قبول الشهادة التزام الحاكم مباعها عند صحتها وتقدم الدعوى شرط ذلك ، فإذا وجد فقد انتفى المانع فوجب القبول لوجود العلة وانتهاء المانع ، لأن وجود الشرط استلزم وجوده . وعن الثاني بأن الأصل في الشهود العدالة لاسيما على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله ، ولا يشترط عدالة المدعى لصحة دعواه فرجعنا بجانب الشهود عملا بالأصل :

(قوله أما أن تقدمه) أقول : الظاهر أن يقال نفسه (قوله فلأن القاضي نصب لفصل الخصومات فلا بد منها) أقول : هذا لا يدل على شرطية التقدم بل على شرطية وجودها مطلقا . والأسوب أن يقال : لأن الشهادة شرعت لتحقيق قول المدعى في حقوق العباد ولا يكون ذلك إلا بدعواه سابقا (قوله وأما وجودها عند الموافقة الخ) أقول : كذا ذكره الشارحون ، ومعنى الأول أن يقال : أما وجودها عند الموافقة فظاهر ، وأما عدمها عند المخالفة فكذلك فظهر أن ليس المراد من تقدم الدعوى تقدم أية دعوى كانت بل تقدم دعوى ما يشهد به الشهود فحينئذ لا بد ليثبت الثاني أصلا ، على أن الدعوى لو جعلت مدفوعة لما قبلت لو أتى للمدعى بشاهدين آخرين ، وأيضا ما ذكره في الجواب بخلاف لما سبق في مسألة الشهادة بالألف والخصامة إذا ادعى المدعى الألف حيث جعل سكوت المدعى عن الخصامة تكليفا للشاهد وتقصيلا له ولذا لم تقبل لفظيأمل (قوله وعن الثاني : إلى قوله : عملا بالأصل) أقول : يخالف لما سبقي أن إكذاب المدعى شاهده تفسيق له لمراجعهم .

لأن دعوى الإرث كدعوى المطلق هذا هو المشهور . وقيد في الأقضية بما إذا نسب إلى معروف سباه ونسبه . أما لو جهله فقال اشترته أو قال من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافة . وذكر الخلاف في القبول رشيد الدين ، وعن هذا اختلفوا فيها إذا تحمل الشهادة على ملك بسبب ، وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر في شيء من الكتب . واختلف المشايخ فيه والأصح لا يحمل له . قلت : كيف وفيه إبطال حقه فإنها لا تقبل فيها لو ادعاه بسبب . ولو ادعى الشراء مع القرض فقال وقبضته منه هل هو كالمطلق حتى لو شهدوا بالمطلق قبلت . في الخلاصة تقبل . وحكي في فصول العمادى خلافا ، قيل تقبل لأن دعوى الشراء مع القرض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد ، وقيل لا لأن دعوى الشراء معتبرة في نفسها لا كالمطلق ؛ ألا يرى أنه لا يقضى له بالزوائد في ذلك . وفي زوائد شمس الإسلام : دعوى الدين كدعوى العين ، وكذا في شرح الحيل للحوانى ، فلو ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشهدوا بالدين مطلقا ، قال شمس الأئمة محمود الأوزجندى : لا تقبل . قال في المحيط في الأقضية : مسئلتان يدلان على القبول انتهى . وعندي الوجه القبول لأن أولية الدين لا معنى له ، بخلاف العين . وفي فتاوى رشيد الدين : لو ادعى الملك المطلق فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لأنهم لما شهدوا بسبب حمل دعوى المطلق عليه فلا تقبل بعده على المطلق . ولو شهدوا أولا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لأنه يبيض ما شهدوا به أولا . ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما لو شهدا جميعا به ، وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة فهو ملك حادث . ولو ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما لو شهدوا جميعا بالمطلق ودعوى الملك بسبب الإرث كدعوى الملك المطلق : وإذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر تقبل في دعوى غير المؤرخ لا في دعوى الملك المؤرخ . ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا له به بلا تاريخ تقبل لأنه أقل وعلى القلب لا تقبل ، ولو كان للشراء شهران فأرخوا شهرا تقبل ، وعلى القلب لا ، ولو أرخ المطلق بأن قال هذا العين لى منذ سنة فشهدا أنه له منذ سنتين لا تقبل وعلى القلب تقبل .

ومن الزيادة والنقص ما تضمنته هذه الفروع التي نذكرها دار في يد رجلين اقتسماها وغاب أحدهما فادعى وجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا فشهدوا أن له النصف الذي في يد الحاضر فهي باطلة لأنها أكثر من المدعى به . ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومراقفتها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا شيئا لا تقبل ، وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه إلا إذا وفق فقال كنت بعت ذلك البيت منها فتقبل . وفي المحيط نقلا من الأقضية وأدب القاضي للخصاف : إذا ادعى الملك للحال : أتى في العين فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لأنها أثبتت الملك في الماضي فيحكم بها في الحال ما لم يعلم المزيل . قال رشيد الدين بعد ما ذكرها : لا يجوز للقاضي أن يقول « امرؤ ملك وى دانيث » انتهى ، ومعنى هذا لا يحمل للقاضي أن يقول أتعملون أنه ملكه اليوم . نعم ينبغي للقاضي أن يقول هل تعلمون أنه خرج من ماله فقط ، ذكره في المحيط . قال العمادى : فعل هذا إذا ادعى الدين فشهدا أنه كان له عليه دين كذا ينبغي أن تقبل كما في العين . ومثله إذا ادعى أنها زوجته فشهدوا أنه كان

تروجها ولم يتعرضوا للحال تقبل ، هذا كله إذا شهدوا بالملك في الماضي . أما لو شهدوا باليد له في الماضي لا يقضى به في ظاهر الرواية وإن كانت اليد تتوسّع الشهادة بالملك على ما أسلفناه . وعن أبي يوسف يقضى بها ، وخرج العمادى على هذا ما في الوقائع : لو أقرّ بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدى الإقرار يشهدان كان عليه دين ولا يشهدان أن له عليه ، فقال هذا أيضا دليل على أنه إذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان عليه تقبل ، وهذا غلط فإنه إنما تعرض لما يسوغ أنه أن يشهد به لا للقبول وعلمه ، بل ربما يؤخذ من منعه إحدى العبارتين دون الأخرى ثبوت القبول في أحدهما دون الأخرى ، كيف وقد ثبت بشهادة العدلين عند الشاهدين أنه قضاه فلا يشهدان حتى يخبر القاضى بذلك ، وأن القاضى حينئذ لا يقضى بشيء ، وسيأتى من مسائل الكتاب إذا علم شاهد الألف أنه قضاه خمسمائة لا يشهد حتى يقرّ بقضائه ، والله سبحانه أعلم . وعكس ما نحن فيه لو ادعى في الماضي أن هذه الحارية كانت ملكي فشهد أنها له اختاف في قبوله ، والأصح أنها لا تقبل ، وكذا لو ادعى أنه كان له وشهد أنه كان له لا تقبل . وإنما لم تقبل إذا شهدوا على طبق دعواه هذه أنها كانت له لأن إسناد المدعى دليل على نفي ملكه في الحال ، إذ لا فائدة له في الاقتصار على الماضي إلا ذلك فلم يكن ما شهدوا به مدعى به بخلاف الشاهدين إذا أسندوا ذلك لا يدل على فسادها إلى الاحتراز عن الاختيار بما لا علم لها به إذ لم يعلم سوى ثبوته في الماضي . وقد يكون انتقل فيحترزان عنه وإن كان يثبت للحال بالاستصحاب . وفي الخلاصة : ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكر كرا جيدة أو رديئة أو وسطا تقبل ويقضى بالردىء ، بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو منخولا فشهدوا على غير المنخول لا تقبل . وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضمان جارية غصبها وهلكت عنده لا تقبل ، وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة وهي ما إذا شهدا بألف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع إنه أشهدهما عليه بذلك والذي له عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة : هو محمول على أنهما شهدا على إقراره بذلك : أى إقرار المدعى عليه بثمن الحارية لأن مثله في الإقرار تقبل لما سيأتى في المسئلة المذكورة قبلها . وفي الكفالة : إذا شهدوا أنه كفل بألف عن فلان ، فقال الطالب هو أقرّ بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لأنهما اتفقا فيما هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب . ومثله ادعى أنه أجره دارا وقبض مال الإجارة ومات فأنقضت الإجارة وطلب مال الإجارة فشهدوا أن الأجر أقرّ قبض مال الإجارة تقبل وإن لم يشهدوا على عقد الإجارة لأنهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الإجارة ، ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على إقراره بالمال تقبل . ولو شهد أحدهما به والآخر بالإقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعمدة : وقال قاضيهخان : قالوا تقبل عند أبي يوسف : ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعى دفع إليه كذا ولم يقولوا وقبضها المدعى عليه يثبت قبضه كالثبوت على البيع فإن الشهادة على البيع شهادة على الشراء ، وإذا ثبت القبض بذلك يكون القول لدى اليد أنه قبض بجهة الأمانة فيحتاج إلى بيعة على أنه بجهة القرض إن ادعاه . ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر بإقراره أنه قضاه لا تقبل ، ولو شهدا جميعا بالإقرار به قبلت . ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدوا أنه اشتراها من وكيله لا تقبل ، وكذا لو شهدوا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع ادعى أنك قبضت من مالى جلا بغير حق مثلا وذكر سنه وقيمته فشهدوا

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة ، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده . وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى الألفين) وعلى هذا المائة والمائتان والطفقة والطفقتان والطفقة والثلاث .

أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل ويجبر على إحضاره لأنه قال من مالى ولم يقل قبضت منى فلا يكون ما شهدا به يناقضه فيحضره ليشير إليه بالدعوى ، فإذا اختلف الشاهدان ووجد شرط القبول في شهادة أحدهما فقط وهو مطابق الدعوى من الشاهدين فالواحد لا تقوم به الحجة للقاضى . وإنما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازاً عن حقوق الله سبحانه . فإن دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطاً لقبول الشهادة لأن حقه تعالى واجب على كل أحد القيام به في إثباته ، وذلك الشاهد من جهة من عليه ذلك فكان قائماً في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدان من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيما إلى خصم آخر (قوله ويعتبر اتفاق الشاهدين الخ) أى يشترط التطابق بين كل من الشاهدين كما بين الشهادة والدعوى أيضاً لو حوب القضاء . ثم الشرط في تطابق الشاهدين عند أبي حنيفة رحمه الله (في اللفظ والمعنى) والمراد من تطابقهما تطابق لفظهما على إفادة المعنى سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادف ، حتى لو شهد أحدهما بالمائة والآخر بالعطية قبلت لا بطريق التضمين (فلو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل) فلم يقض بشيء (عند أبي حنيفة ، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى ألفين) بخلاف ما لو كان يدعى ألفاً لا يقضى بشيء اتفاقاً لأنه أكلب شاهد الألفين ، إلا إن وفق فقال كان لى عليه ألفان فقضانى ألفاً أو أبرأته من ألف والشاهد لا يعلم بذلك فحينئذ يقضى له بالألف . وعلى هذا لو شهد أحدهما بمائة والآخر بمائتين أو بطفقة وطفقتين وطفقة وثلاث لا يقضى بطلاق أصلاً عنده ، وعندهما يقضى بالألف ، وعلى هذا الخمسة والعشرة والعشرة والحدسة عشر والدرهم والدرهمان . وهذا في دعوى الدين . أما في دعوى العين بأن كان في كيس ألفا درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس وهو ألفا درهم له وشهد آخر أن جميع ما في الكيس له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لأن ذكر المقدار في المشار إليه مستغنى عنه ذكره الجبازى . ويقولهما قال الشافعى وأحمد رحمه

قال (ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة الخ) الموافقة بين شهادة الشاهدين شرط قبولها كما كانت شرطاً بين الدعوى والشهادة ، ولكنهم اختلفوا في أنها شرط من حيث اللفظ والمعنى أو من حيث المعنى خاصة . فأما الموافقة من حيث المعنى فلا بد منها بلا خلاف ، واختلاف اللفظ من حيث الترادف لا يمنع بلا خلاف . ولهذا إذا شهد أحدهما بالمائة والآخر بالعطية فهي مقبولة ، وأما اختلافه بحيث يدل بعضه على مدلول البعض الآخر بالتضمن فقد نفاه أبو حنيفة وجوزاه (فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده وقال : تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى ألفين وهو دين وعلى هذا المائة والمائتان والطفقة والطفقتان والطفقة والثلاث)

(قال المصنف : ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ) أقول : المراد من تطابق القائلين على إفادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمين ، فلا يضر مخالفة اللفظ إذا اتحد المعنى كما في المية والعطية والتكاح والزويج (قوله الموافقة بين شهادة الشاهدين الخ) أقول : في العموم بحث ، فإن موافقة الشاهدين في الكيف ليست شرط القبول عند أبي حنيفة على ما سيحجى . في مسألة سرقة البقرة وشرط بين الدعوى والشهادة كما صرح به الإمام الترمذى هناك ، وكذا الموافقة في الحكم بين الدعوى والشهادة ليست مشروطة كما يحجى في البسوط وصرح قاضيان ، ثم الشارح تردد فيه (قوله وأما اختلافه بحيث ، إل قوله : بالتضمن) أقول : كتب في هامش الكتاب من خط الشارح ما هو صورته : إطلاق التضمين

لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرّد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتماعا عليه دون ما تفرّد به أحدهما فصار كالألف والألف والخمسة. ولأني حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا ، وذلك يدل على اختلاف المعنى لأنه يستفاد باللفظ ، وهذا لأن الألف لا يعبر به عن الألفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد فصار كما إذا اختلف جنس المال .

الله . ثم في رواية عن الشافعي وأحمد يستحق الزائد بالحلف عليه (لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرّد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتماعا عليه دون ما تفرّد به أحدهما وصار كالألف والألف والخمسة) حيث اتفقا على أنه يقضى بالألف لذلك وهو أنهما اجتماعا على الشهادة بها (ولأني حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا) في لفظ غير مرادف (لأن الألف لا يعبر به عن الألفين) وبازمه اختلاف المعنى فلما (هما أي الألف والألفان (جنانان) أي عددان متباينتان حصل على كل واحد منهما شاهد وصار كما إذا اختلف جنس المال) بأن شهد أحدهما بـ

(لهما أنهما اتفقا على الألف أو الطلقة وتفرّد أحدهما بالزيادة) وكل واحد واحد كذلك ثبت فيه المتفق عليه دون ما تفرّد به أحدهما ، كما إذا ادعى ألفا وخمسة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة على ما سمعني (ولأني حنيفة رحمه الله أنهما اختلفا لفظا) لأن أحدهما مفرد والآخر ثنية ، واختلاف الالفاظ لإفرادا وثنية يدل على اختلاف المعاني الدالة هي عليها بالضرورة ، وإن شئت بالثنية فإن الألف لا يعبر به عن الألفين لاحقيقة ولا مجازا والألفان لا يعبر بهما عن الألف كذلك فكان كلام كل منهما كلاما مابينا لكلام الآخر (وحصل على كل واحد منهما شاهد واحد) فلا ثبت شيء منهما وصار اختلافهما هذا كاختلافهما في جنس المال. شهد أحدهما بـ شعيير والآخر بـ كحلة ، قيل ذكر في الميسوط إذا ادعى ألفين وشهدا بألف قبيل بالاتفاق ، ووجوب الموافقة بين الدعوى والشهادة كوجوبها بين الشاهدين فما جواب أبي حنيفة عن ذلك ؟ وأجيب بأن أشرط الاتفاق بينهما ليس حسب اشتراطه بين الشاهدين ، فإنه لو ادعى الغصب وشهدا بالإقرار به قبيل ، ولو شهد أحد الشاهدين بالغصب والآخر بالإقرار به لم تقبل . ولقائل أن يقول : قد

ها هنا ليس على اصطلاح أهل المقول لأنها نوعان منتم على ما عرفت في موضعه انتهى . فاقول : فقوله نوعان منتم بحث (قال المصنف : وذلك يدل على اختلاف المعنى) أقول : فيه إشارة إلى أن المعبر عنه هو الاتفاق في المعنى ، واعتبار اتفاق اللفظ ضرورة أن اتفاق المعنى لا يحصل إلا عنده فتدبر (قال المصنف : وهذا لأن الألف لا يعبر به عن ألف) أقول : وأيضا إن شرط الشهادة خالف الدعوى ، كما أن للدعي يدعي الألفين وهو اسم لعدد معلوم لا يقع على ما دون ذلك فلم يكن الألف المفرد مدعى فالتفردت الشهادة عن الدعوى (قال المصنف : فصار كما إذا اختلف جنس المال الخ) أقول : ولا يخالف الشهادة فيها للدعي ، كما لأن الألف والخمسة اسم لمعنيين ؛ ألا يرى أنه يخطف أحدهما على الآخر فكان كل بانفراده داخلا تحت الدعوى فالشهادة القائمة عليها تكون قائمة على كل واحد منهما مقصودا ، فإذا شهد أحدهما بألف فقد شهد بأحد المعنيين الداعين تحت الدعوى فصلحت الموافقة في عدد الألف تأمل (قوله لاحقيقة ولا مجازا) أقول : مسلم ؛ ألا يرى إلى قوله • قفا نيك من ذكرى حبيب ومزول • (قوله ذكر في الميسوط ، إلى قوله : وأجيب) أقول : ذكر قاضيان في فتاواه إن كان المدعي به دين فشهدوا بألف والدعاء المدعي نحو ما إذا ادعى ألفا وخمسة فشهدوا بخمسة من غير دعوى التوفيق ، وكذا لو ادعى ألفا وشهدوا بخمسة يقضى بخمسة ، ولو ادعى ألفا وشهد أحدهما بألف والآخر بخمسة لا يقضى بشيء في قول أبي حنيفة لأن عنده اتفاق الشاهدين على المطلوب به بشرط ولم يوجد ، بخلاف ما تقدم لأن ثمة اتفاق الشاهدين على خمسة ، والموافقة بين الدعوى والشهادة لفظا ليس بشرط عنده فتقبل شهادتهما على الخمسة بغير توفيق له (قوله ووجوب الموافقة الخ) أقول : فلو كان للاحقية (قوله ولقائل أن يقول قد

شعر والآخر بكر حنطة أو مائة بيض والآخر مائة سود والمدعى يدعى السود لا تقبل على شيء أصلاً لأن المدعى كذب شاهد البيض، إلا أن يقول المدعى فيقول كان لي البيض فأبرأتهم من صفة الجلودة فتقبل حينئذ، أما لو كان يدعى البيض ولها مزية فإنه يقضى بالسود، ولم يحكموا خلافاً ذكره في الخلاصة عن الأقضية. وكذا لو شهد المدعى كره حنطة وقال أحدهما جيدة وقال الآخر رديئة والدعوى بالأفضل يقضى بالأقل، وكذا لو ادعى مائة دينار فقال أحدهما نيسابورية وقال الآخر بخارية والمدعى يدعى النيسابورية وهي أجود يقضى بالبخارية بلا خلاف ينقل ويحتاج إلى الفرق على قول أبي حنيفة وهو أنها اتفقا على الكمية والجنس فصار كما لو شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة. فإن قيل: لم يقع جواب قولهما الشاهد بالألفين شاهد بالألف في ضمنهما فاجتعا عليها وتفرد أحدهما بالزيادة فلا يقبل. أجيب بأنه لا شهد بها إلا من حيث هي جزء الألفين، وإنما ثبتت الألف في ضمن ثبوت الألفين لأن المتضمن لا يثبت بدون المتضمن ولم يثبت الألفان فلم يثبت الألف. فإن قيل: يشكل على قوله ما لو ادعى اثنين وشهد بألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الدعوى والشهادة وهي شرط على قول الكل. وما لو شهد أحدهما أنه قال ما أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضى ببذونية أصلاً مع إفادتهما معا بالبذونية. وتقدم أن اختلاف اللفظ له وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل. أجيب عن الأول بأن الاتفاق بين الدعوى والشهادة وإن اشترط لكن ليس على وزن اتفاق بين الشاهدين، ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا بإقراره به تقبل، ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على إقراره به لا تقبل، وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة، فإنه لما كان يدعى ألفين كان مدعي الألف وقد شهد به اثنان صريحاً فتقبل، بخلاف شهادتهما بالألف والاثنين لم ينص شاهد الألفين على الألف إلا من حيث هي ألفان ولم يثبت الألفان: وفي الميسوط والأسرار: الذي ييطل مذهبهما ما لو شهد شاهدان بطلقة: يعني قبل للنحول وآخران بثلاث وفرق

تقدم في تلقين الشاهد إذا كان في موضع الهمّة بأن ادعى ألفاً وخمسة وأنكر المدعى عليه خمسة وشهد الشاهدان بألف فالقاضي يقول يحتدل أنه أبرأه عن خمسة واستفاد الشاهد علماً بذلك ووفق في شهادته كما وفق القاضي أنه لا يجوز بالاتفاق وبين هذه المسئلة وما نقلت من الميسوط ما ترى من التناقض. فالحق في الجواب لأبي حنيفة أن يحمل ما نقل عن الميسوط على ما إذا وفق الشهادة بدعوى الإبراء أو الإيفاء، ولا يلزم أبا حنيفة ما إذا قال لها زوجها طلقني نفسك ثلاثاً فطلعت واحدة كان ذلك منها جواباً فوقت واحدة، ولا ما إذا قال لها أنت طالق ألفاً فإنه يقع ثلاث لأن الأكثر في ذلك ثابت فيتضمن الأقل، وليس فيها نحن فيه كذلك لأن الأكثر يشهد به واحد ولا يثبت به شيء.

تقدم الخ) أقول: قيل باب العيس في كتاب القاضي (قوله أنه لا يجوز بالاتفاق) أقول: أي التلقين إذ الكلام فيه وليس فيه في قبول الشهادة حتى يثبت التناقض، وجوابه ظاهر، فإنه إذا كانت الشهادة مقبولة في هذه الصورة لم يكن موضع الهمّة ولا يكون التلقين غير جائز كما لا يخفى. (قوله فوقت واحدة) أقول: وذلك لكون الثلاث صارت في يد واحدة أبداً كما كان ملك عبداً ملك رجله ويده فلها أن توفع كلها أو بعضها (قوله لأن الأكثر في ذلك ثابت) أقول: إن أراد ثابت لفظاً فنحن على النزاع كذلك أو حكماً ففيه بحث إذ ليس في الشرع ألف طلاق.

القاضي بينهما قبل الدخول ثم رجعا كان ضمان نصف المهر على شاهدي الثلاث لاعلى شاهدى الواحدة ، ولو اعتبر ما قالوا إن الواحدة تجرد في الثلاث كان الضمان عليهما جميعا ، ولا يلزم ما إذا قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة تقع الواحدة لأن التصديق تملك فقد ملكها الثلاث بالتصديق إليها فيها والمالك يوجد من مملوكه ماشاء كما لو طلقها ألفا يقع الثلاث للملك العدد ، غير أنه لما فوق الثلاث شرعا . وأما عن الثاني فيمنع البرادف لأن معنى خلية ليس معنى بزية لغة والوقوع ليس إلا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا إن الكنايات عوامل بمقتضاها فلهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين ، غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يتردهما لازم واحد هو وقوع البيوتنة ، والمتباينتان قد تشتركان في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى ، فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فإن هذا يقول : ما وقعت البيوتنة إلا بوصفها بخاية والآخر يقول لم تقع إلا بوصفها بزية وإلا فلم تقع البيوتنة . هذا كله إذا لم يدع المدعى عقدا ، أما إن ادعى المال في ضمن دعوى العقد من البيع والإجارة ، فالجواب ما ستعلمه في آخر الباب . واعلم أن من المسائل المذكورة في أوقاف الخصام ما عرفت أصل أبي حنيفة ، ذكرهما ولم يذكر خلافا بل أشار إلى أنها اتفاقية ، فإنه ذكر فيها إذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة ووقوفة أبدا على أن يزيد ثلث غلا وشهد آخر أن يزيد نصفها قال أجعل يزيد ثلث غلتها الذي أجمعاه عليه والباقي للمساكين ، وكذا إذا سمي أحدهما مالا لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل ، منه أحكم لزيد بما أجمعاه عليه وكذا إذا شهد أحدهما أنه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسهه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفا قال أقد رفقتة وعياله في العام ، فإن كانت أكثر من الألف حكمت له بالألف أو الألف أكثر أعطيتة نفقته والباقي للمساكين ، هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أورد على نفسه فقال : قلت فلم أجرت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظهما ؟ قال : المعنى فيه أنه إنما أراد الواقف إلى أن يزيد بعض هذه الغلة فأجعل له الأكل انتهى . فليرد هذا السؤال هو الذي ذكرت أنه أشار إلى أنها اتفاقية ، فإن زياده ليس إلا باعتبار قول أبي حنيفة ، وقوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه ، ثم قال : هذا استحسان ، والقياس أن الشهادة باطلة انتهى . وحاصله أننا علمنا استحقيق بعض هذا المال وتردنا بين أقل وأكثر فيثبت التيقن ولا يخلو عن نظر .

[فروع] ادعى بالمبيع عينا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على إقرار البالغ به لانتقيل ، كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما أنه ملكه والآخر على إقرار ذى اليد أنه له لملكه لانتقيل ، ومثله دعوى الرهن فشهد به بمائة القبض والآخر على إقرار الراهن بقبضه لانتقيل . قال ظهر الدين : الرهن في هذا كالغصب ، وكذا الوديعة لو أعادها فشهدا بإقرار المودع قبيل ، ولو شهد أحدهما بها والآخر بالإقرار بها لانتقيل على قياس الغصب . وعلى قياس للقرض تقبل ، بخلاف ما لو ادعى أنه باع بيع الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشتري أقر بذلك تقبل للموافقة لأن البيع في الإخبار والإنشاء واحد . ومثله ادعت صداقتها فقال وهبتي إياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الإبراء تقبل للموافقة لأن حكمهما واحد وهو السقوط . وقيل لا للاختلاف لأن الإبراء إسقاط والهبة تملك . والأول أوجه لأنه وإن كان إسقاطا يتضمن التملك ولهذا يرتد بالرد ،

قال (وإذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة والمُدعى يدعى ألفا وخمسة قبلت الشهادة على الألف) لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى ، لأن الألف والخمسة جلتان عطف إحداها على الأخرى والعطف يقرر الأول ، ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون ، بخلاف العشرة والخمسة عشر لأنه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الألف والألفين (وإن قال المدعى لم يكن لي عليه إلا الألف فشهادة الذى شهد بالألف والخمسة باطلة) لأنه كذبه المدعى فى المشهود به ، وكلنا إذا سكّتا إلا عن دعوى الألف لأن التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ، ولو قال كان أصل حتى ألفا وخمسة ولكنى استوفيت خمسة أو أبرأته عنها قبلت

ولو شهد على إقرار المدعى عايه أن المدعى به فى يده والآخر أنه فى يده لاتقبل . وفى المحيط : ادعى دارا فشهدا ، أنها داره والآخر على إقرار ذى اليد أنها له لاتقبل ، بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الإقرار به تقبل ، بخلاف ما لو شهد أحدهما جاريته والآخر على إقراره بها لاتقبل ، وبخلاف ما إذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل ، بخلاف ما إذا شهد الآخر أنها كانت فى يده . وإذا رجعت القاعدة التى نذكرها من الفرق بين اختلاف الشاهدين فى القول والفعل خرجت كثيرا من الفروع ، والله سبحانه العالم (قوله وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة قبلت الشهادة على ألف) بالاتفاق عندهما ظاهر ، وعنده لأنهما اتفقا على الألف لفظا ومعنى ، وانفراد أحدهما بالشهادة بجملة أخرى منصوص على خصوص كيتها لا يقدح فى الشهادة بالألف ، كما لو شهد أحدهما بألف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما ، ولو كان إنما يدعى الألف وسكّتا عن التوفيق لم يقض بشيء لأنه إكذاب لشاهد الألف وخمسة ظاهرا ، لأن السكوت فى موضع البيان بيان إلا إن وفق فقال كان حتى ألفا وخمسة فقضائى أو أبرأته من خمسة على نظير ما تقدم وما لم يوفق صريحا لا يقضى بشيء ، ولا يكفى احتمال التوفيق

قال (وإذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة الخ) ولما تقدم أن اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى شرط القبول (إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة والمُدعى يدعى الأكثر قبلت الشهادة على الألف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى ، لأن الألف والخمسة جلتان عطف إحداها على الأخرى والعطف يقرر المعطوف عايه) ونظيره إذا شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف أو بمائة أو بمائة وخمسين ، بخلاف ما إذا شهد أحدهما بعشرة والآخر بخمسة عشر لأنه ليس بينهما حرف عطف فصارا متباينين كالألف والألفين ، هذا إذا كان المدعى يدعى الأكثر ، وأما إذا ادعى الأقل وقال (لم يكن لي إلا الألف فشهادة من شهد بالأكثر باطلة) لتكذيبه المدعى فى المشهود به فلم يبق له إلا شاهد واحد وبه لا يثبت شيء . فإن قيل : لم يكذب به إلا فى البعض فما بال القاضى لا يقضى عليه بالباقى كما قضى بالباقى فى الإقرار إذا كذب المقرّ فى البعض ما أقرّ به ؟ أجيب بأن تكذيب الشاهد تفسيق له ولا شهادة للفاسق ، بخلاف الإقرار لأن عدالة المقرّ ليست بشرط فتفسيق لا يبطل الإقرار (قوله وكذا إذا سكّتا) يعنى إذا ادعى الأقل وسكّتا عن قوله لم يكن لي إلا الألف ، والمستثناة بما لا يقضى له بشيء (لأن التكذيب ثابت ظاهرا) فلا تقبل الشهادة بدون التوفيق لأن التصريح بذكر التوفيق فيما يحتمل له لا بد منه فى الأصح ، وعلى هذا لو قال : كان أصل حتى ألفا وخمسة ولكنى استوفيت خمسة أو أبرأته عنها قبلت للتصريح بالتوفيق . وعلم بما ذكر أن أحوال من يدعى أقل المائين إذا اختلعت الشهادة لا تخلو عن ثلاثة : إما أن يكذب الشاهد بالزيادة أو يسكّتا عن التصديق والتوفيق ، أو يوفق . وجواب الأولين بطلان الشهادة والقضاء دون الآخر .

لتوفيقه . قال (وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاء منها خمسمائة قبلت شهادتهما بالألف) لاتفاقهما عليه (ولم يسمع قوله إنه قضاء) لأنه شهادة فرد (إلا أن يشهد معه آخر) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقضى بخمسمائة ، لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لادين إلا خمسمائة . وجوابه ما قلنا . قال (وينبغي للشاهد) إذا علم بذلك (أن لا يشهد بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة) كي لا يصير معينا على الظلم .

في الأصح ، بخلاف ما إذا قال ما كان لي إلا ألف لأنه إكذاب صريح لا يحتاجه التوفيق فلا يقضى بشيء (قوله وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاء منها خمسمائة قضى بالألف لقبول شهادتهما عايم) ، ولم يسمع قوله إنه قضاء لأنه شهادة فرد) يسقط بعض الحق بعد ثبوته فلا تقبل (إلا أن يشهد معه آخر وعن أبي يوسف) رحمه الله في غير المشهور عنه (أنه يقضى بخمسمائة) فقط (لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن الدين ليس إلا خمسمائة ، وجوابه ما قلنا) يعني قوله لاتفاقهما عليه ، يعني فيعد ثبوت الألف باتفاقهما شهد واحد يسقط خمسمائة فلا تقبل ، بخلاف ما لو شهدا بألف وقال أحدهما إنه قضاء إياها بعد قرضه فإنه يقضى بالكل على قول الكل وعن أبي يوسف : لا تقبل شهادة شاهد التضيء ، وذكرنا قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية فإنه إكذاب من المدعى فهو كما لو فسقه . وجه الظاهر ما قدمناه من أنهما اتفقا ونفرد أحدهما إلى آخره ولا يازم من الإكذاب التصديق لجواز كونه تغليط له (قال) القنورى (وينبغي للشاهد إذا علم بذلك) أى بقضاء الخمسمائة (أن لا يشهد حتى يعترف المدعى بقيضها) لأنه لو شهد فإما بالألف ثم يقول قضاء منها خمسمائة وعلمت أنه يقضى فيها بألف فيضيع حق المدعى عليه ، وإما بخمسمائة يثبت اختلافهما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة ، وفيه لا تقبل الشهادة أصلا على قول

قال (وإذا شهدا بألف وقال أحدهما قضاء منها خمسمائة) إذا ادعى ألفا شهدا بألف وقال أحدهما قضاء منها خمسمائة (قبلت شهادتهما بالألف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله إنه قضاء لأنه شهادة فرد إلا أن يشهد معه آخر) ، فإن قيل شهادة من شهد بالقضاء متناقضة لأنه إذا قضاء خمسمائة لا يكون للمدعى على المدعى عليه ألف بل خمسمائة لا غير . أجب بأن قضاء الدين إنما هو بطريق المقاصة وذلك بقيض العين مكان الدين الذى هو غيره فكان قوله قضاء منها خمسمائة شهادة على المدعى بقيض ما هو غير ما شهد به أولا وهو الدين فلم يعد متناقضا (وعن أبي يوسف أنه يقضى بخمسمائة لأن شاهد القضاء مضمون شهادته أن لادين إلا خمسمائة) لأن القبض بطريق التملك لما أوجب الضمان بطلت مطالبة رب الدين غريمه عن خمسمائة ، فلم يكن الدين إلا خمسمائة ، فصار كما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة ، وفى ذلك يقضى بالأقل كما قلنا في الألف والألفين ، إلا أن محمدا خالفه هنا لأن ذلك فيما تكون الشهادة بالأقل وقعت ابتداء وهذا ليس كذلك اهـ (وجوابه ما قلنا) أنهما اتفقا على وجوب الألف وانفرد أحدهما بالقضاء والقضاء يتلو الوجوب لا يخالفه . وعورض بأن المدعى كذب من شهد بقضائه خمسمائة وتكذيبه تصديق له ، وكيف يقضى بشهادته وجوابه سياتى (قوله وينبغي للشاهد) يعنى أن الشاهد بقضاء خمسمائة إذا علم بذلك ينبغي أن لا يشهد

(قوله مكان الدين الذى هو غيره) أقول : التفسير المرفوع للدين والمحرور العين ويجوز العكس (قوله وجوابه ما قلنا) إنما اتفقا على وجوب الألف (أقول) إن أريد أنهما اتفقا على وجوب الألف الآن فلم ، وإن أريد على وجوبه سابقا فلا تصحاح لا يكون حجة للاحتقاق . قلنا : الظاهر الأول ، فإن قضاء الدين إذا كان بطريق المقاصة يثبت الوجوب الآن كما لا يخفى ، والمراد من كون القضاء تلوا للوجوب ترتبه عليه ترتبا ذاتيا لازما مائيا غليا .

(وفي الجامع الصغير : رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها ، فالشهادة جائزة على القرض) لانفاقهما عليه ، وتفرد أحدهما بالقضاء على ما بينا . وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا تقبل ، وهو قول زفر رحمه الله لأن المدعى أكذب شاهد القضاء . قلنا : هذا إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض ومثله لا يمنع القبول .

أبي حنيفة فيضع حق المدعى . فالوجه أن لا يشهد الذي عرف القضاء حتى يعترف المدعى بالقدر الذي سقط عن المدعى عليه ، والمراد هنا من لفظ لا ينبغي لا يحل نص عليه في جامع أبي الليث ، ومن هذا النوع : رجل أقر عند قوم أن لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر إلى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فإنه قضاها كله فالشهود بالخيار إن شاموا امتنعوا عن الشهادة وإن شاءوا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبرهم بالقضاء ، فإن كان المغضون عدولا لا يقضى القاضي بالمال ، هذا قول الفقيه أبي جعفر وأبي نصر محمد بن سلام ، ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم أن يدعوا الشهادة ، وكذا إذا حضروا بيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا أداء الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثا أو قيل عينا امرأة أرضعها أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولي إن كان واحدا شهدوا أو اثنين لا يسعهم أن يشهدوا ، وكذا لو رأى عينا في يد رجل يتصرف فيها تصرف المالك فأراد أن يشهد بالملك له فأخبره عدلان أن الملك للثاني لا يسعه أن يشهد بالملك للأول ، ولو أخبراه أنه باعه من ذى اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت إلى قولهما . هذا وإنما نص على مسألة الجامع بعلمته القدرى لأنه قد يتوهم أن تفرعها عليها على رواية أبي يوسف التي نقلها يقتضي أنه لو شهد أحدهما بألف فقال أحدهما قضاها لإياها أن لا يقضى بشيء على رواية أبي يوسف فذكرهما للإعلام بالفرق . وقيل لأنه قد كان لقاتل أن يقول في مسألة الجامع لا تقبل شهادة شاهد القضاء على وجوب المال متعلما لأن في المسئلة الأولى للشاهد أن يقول : أنا تحملت الشهادة وأحتاج إلى الخروج منها وقد قضاها خسائة ولكني أشهد كما أشهدت عليه وهو ألف ، فإذا ظهرت شهادته مع الآخر بها قضى له بالألف . أما في مسألة الجامع فالشاهد يذكر أن الشهادة سقطت عنه وليس على "أدائها" فشهادتي باطلة فلا يقضى بالألف ، فرواية الجامع الصغير أزالت هذه الشبهة وأثبتت جواز الشهادة . واستروح في النهاية فقال : التفاوت بين مسألة الجامع والمسئلة التي قبلها أن في مسألة الجامع أحد الشاهدين شهد بقضاه المديون كل الدين وفي التي

بألف حتى يقر المدعى أنه قبض خسائة كي لا يصير معينا على الظلم يعلمه بدعواه بغير حق (وفي الجامع الصغير : رجلان شهدا على رجل بقرض ألف درهم فشهد أحدهما أنه قد قضاها فالشهادة جائزة على القرض لانفاقهما عليه وتفرد أحدهما بالقضاء) والفرق بين مسألة الجامع الصغير وبين ما ذكرت قبلها أن في مسألة الجامع شهد أحد الشاهدين بقضاه الدين كله وفيما قبلها شهد ببعضه (وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه لا يقبل ، وهو قول زفر لأن المدعى أكذب شاهد القضاء) وهو تفسيق له (قلنا : هذا) إكذاب في غير المشهود به الأول وهو القرض) لأنه أكذب فيها عليه وهو القضاء وهو غير الأول لا محالة ، ومثله ليس بمانع كما لو شهدا عليه لشخص آخر قبل أن يشهدا له فأكتبهم . وحاصله أن إكذاب المدعى لشهوده تفسيق له لكونه اختياريا ، وأما إكذاب المدعى عليه

(قال المصنف : وذكر الطحاوي عن أصحابنا أنه الخ) أقول : والأشهر أن يكون هذا قول أبي يوسف (قال المصنف : ومثله لا يمنع القبول) أقول : والمفهوم من كلام قاضيخان أنه إنما لم يمنع إذا لم يقل الطالب شهد بالقضاء بإيصال أو زور (قوله وحاصله ، إلى قوله : تفسيق له) أقول : الظاهر أن يقال تفسيق لم .

قال (وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وشهد آخران أنه قتل يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين) لأن إحداهما كاذبة ييقن وليست إحداهما بأولى من الأخرى (فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل) لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنقض الثانية .

قبلها شهد بقضاء بعض الدين (قوله وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وآخران أنه قتل يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل) بواحدة منهما ، فلو لم يجتمعوا بل شهدا أنه قتل بمكة فقضى بها ثم شهد آخران أنه بالكوفة فإنه يقتل المشهود عليه . أما الأول فلكذب إحداهما ييقن ولا أولوية فلا قبول . وأما الثاني فلألأوية باتصال القضاء الصحيح بها فإنه حين قضى بالأولى لا يعارض لها إذ ذلك فنفسه فلا يتغير الحكم الشرعي الذي ثبت شرعاً بجلوث معارض ، كمن له ثوبان في أحدهما نجاسة شك في تعيينه فتحرقى وصلى في أحدهما ثم وقع ظنه على طهارة الآخر لا يصل فيه ولا تبطل صلاته في الأول لأنه ثبت بتحريه الأول حكم شرعي هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحري الثاني في رفعه . وكذا الاختلاف في الآلة ، قال أحدهما قتل بسيف وقال الآخر بيده لا تقبل ، وكذا إن شهد بالقتل والآخر بالإقرار به لا تقبل لاختلاف المشهود به لأن القول غير الفعل الذي هو نفس القتل ولم يتم على أحدهما نصاب ، وكذا المضرّب الواقع أمس وبذلك الآلة ليس عين الضرب الواقع اليوم وبالأخرى حقيقة ولا حكماً ، لأنه لا يمكن جعل للفعل الثاني إخباراً عن الأول ليمتد الفعل نفسه ، وكل ما هو من باب الفعل كالبيع والجنابة مطلقاً والنصب أو من باب القول المشروط في صحته الفعل كالنكاح المشروط فيه إحصاء الشهود فاختلافهما في الزمان أو المكان أو الإنشاء أو الإقرار يمنع القبول لما ذكرنا ، إذ المراد بالإنشاء والإقرار ذكر أن إنشاء الفعل والإقرار به . مثاله : ما لو ادعى الغصب فشهد أحدهما به والآخر بالإقرار به لا تقبل ، ولو شهدا جميعاً بالإقرار به قبلت ، بخلاف اختلافهما في الزمان والمكان فيما هو من باب القول كالبيع والشراء والطلاق والماتق والوكالة والوصية والرهن والإقرار والقرض والبراءة والكفالة والحالة والقذف لا يمنع القبول ، فإن القول مما يتكرر بصيغة واحدة إنشاء وإخباراً وهو في القرض يحمله على قول المقرض أقرضتك ، وكذا يقبل في الرهن والمبة والصدقة والشراء وإن كانا يشهدان بمعاينة القبض لأن القبض يكون غير مرة . وفي المحيط : ادعى عينا في يد رجل أنها ملكه وأن صاحب اليد قبضها بغير حق منذ شهر وشهدوا له بالقبض مطلقاً لا تقبل ، لأن شهادتهم على القبض بلا تاريخ يحمل على الحال والمدعى يدعي الفعل في الماضي والفعل في الماضي غيره في الحال ، كما لو ادعى القتل من شهر وشهدوا به في الحال ، وكذا لو ادعى القتل مطلقاً وشهدوا به من شهر لأنه

فليس يتساق لأنه لضرورة الدفع عن نفسه . قال (وإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة الخ) قد ذكرنا أن اختلاف الشاهدين في المكان يمنع القبول ، فإذا شهد شاهدان أنه قتل زيداً يوم النحر بمكة وآخران بقتله يوم النحر بالكوفة قبل أن يقضى القاضي بالأولى لم يقبلا لأن إحداهما كاذبة ييقن ، إذ العرض الواحد : أعني القتل لا يمكن أن يكون في مكانين وليست إحداهما بأولى من الأخرى (فإن سبقت إحداهما وقضى بها ثم حضرت الأخرى لم تقبل لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنقض بما ليست مثلها)

(قوله فليس يتساق) أقول أي سكا (قوله قد ذكرنا أن اختلف الخ) أقول : أي علم بما ذكرنا التزاماً .

(وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة واختلفا في لونها قطع ، وإن قال أحدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (وقالوا : لا يقطع في الوجهين) جميعا ، وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة لا في السواد والبياض ، وقيل هو في جميع الألوان . لهما أن السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب بل أولى ، لأن أمر الحد أهم وصار كالذكورة والأنوثة . وله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الإيالي من بعيد واللوان يتشابهان أو يجتمعان في واحد فيكون السواد من جانب وهذا يصبه والبياض من جانب آخر وهذا الآخر يشاهده ،

ادعى الفعل في الحال وهم شهدوا به في الماضي فلا تقبل إلا إذا وفق وقال أردت من المطلق الفعل من ذلك الوقت وقيل تقبل في هذا من غير توفيق لأن المطلق أكثر وأقوى من المؤرخ فقد شهدوا بأقل مما ادعى به فتقبل انتهى . فقد ظهر أن من الفعل القبض :

ومن الفروع على الأصل المذكور ادعى الشراء أول من أمس فشهدوا به أمس فتقبل لأنه قول ، ولو ادعى الزكاح أول من أمس فشهدوا به أمس لا تقبل لأنه يتضمن الفعل كما ذكرنا من قريب ، هذا كله مذهبا . وقال الشافعي وأحد في ظاهر روايته ، اختلافهما في الزمان والمكان يمنع في الكل إلا إذا شهد أنه طلقها يوم الخميس وقال الآخر أقر بطلاقها يوم الجمعة ، وإذا شهدا على إقرار الزمان والواهب والمتصلق بالقبض بنزات . ولو ادعى البيع وشهدا على إقرار البائع به واختلفا في الزمان أو المكان قبلت ، وكذا لو شهد أحدهما بالبيع والشراء والآخر على الإقرار به تقبل لأن لفظهما سواء في الإقرار والانشاء فلم يثبت اختلاف المشهود به ذكره في الفصول وفيه عن الفتاوى الصغرى : لو سكت شاهدا البيع عن بيان الوقت فأسألها القاضي فقالا لانعم ذلك تقبل لأنها لم يكلفا حفظ ذلك (قوله وإذا شهدا الخ) صورتها : ادعى على رجل أنه سرق له بقرة ولم يذكر لها لو أنها أقام بينة فشهد أحدهما

قال (وإذا شهدا على رجل أنه سرق بقرة) وقد ذكرنا أن اختلافهما في الكيف يمنع القبول فإذا شهدا على رجل بسرقة بقرة (واختلفا في لونها قطع) سواء كان اللونان يتشابهان كالحدرة والسواد أولا كالسواد والبياض عند أبي حنيفة رحمه الله وهو الأصح . وقيل إن كانا يتشابهان قبلت وإلا فلا . وإن اختلفا في الذكورة والأنوثة لم يقطع وقال لا يقطع في الوجهين جميعا لأن مرقعة المواد غير مرقعة البيضاء فلم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا قطع بدونه فصار كما لو شهدا بالغصب والمستلة بجألهما فلنما لم تقبل بالاتفاق ، بل هذا أولى لأن أمر الحد أهم لكونه مما يندرى بالشبهات وفيه إلتلاف نصف الأدى فصار كالذكورة والأنوثة في المغايرة . ولأبي حنيفة رحمه الله أن التوفيق ممكن لأن التحمل في الإيالي من بعيد (لكون السرقة فيها غالبا) واللوان يتشابهان (كالحمرة والصفرة) (أو يجتمعان) بأن تكون بقاء أحد جانبيها أسود يصبه أحدهما والآخر أبيض يشاهده الآخر ، وإذا كان التوفيق ممكنا وجب القبول كما إذا اختلفت شهود الزنا في بيت واحد . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن طلب التوفيق هاهنا احتيال لإثبات الحد وهو القطع ، والحد يحتال لدبرته لا لإثباته .

(قوله فإذا شهدا على رجل الخ) أقول : هذا لا يضرع على ما فرغ عليه ، فإنه إذا امتنع القبول يجب أن لا يقطع ، إلا أن يقال : ضمير اختلافهما راسع إلى الشاهد والمسمى لا إلى الشاهدين ، لكن لا يخفى عليك بعده (قوله فلم يتم على كل واحد) أقول : الأول حذف كلمة كل (قال المصنف : لأن أمر الحد أهم) أقول : لله من الهمة أومن العلم بمنى الحزن (قوله أحدهما أن طلب التوفيق هاهنا احتيال الخ) أقول : في الكافي للاختلاف بالتوفيق بين كلامي الشاهدين احتيال لإيجاب الحد والحد يحتال لدبرته . قلنا : الشهادة من صحيح الشرع والأصل في صحيح الشرع

بخلاف النصب لأن التحمل فيه بالنهار على قرب منه ، والذكورة والأنوثة لا يجتمعان في واحدة ، وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشبهه .

بسرقة حراء والآسر سوداء . قال أبو حنيفة رحمه الله : تقبل ويقطع ، وقالهما والأئمة الثلاثة لا يقطع ، ولو أن المسروق منه عين لونا كحمراء فقال أحدهما سوداء لم يقطع إجماعا لأنه كذب أحد شاهديه ، ولا فرق فيما إذا لم يعين المدعى لونا بين كون اللونين اللذين اختلفا فيهما متقاربين كالسود والخمرة أو متباعدين كالبياض والسود في ثبوت الخلاف . وقيل في المتبايعين الاتفاق على عدم القبول والأصح الأول ، ولم يذكر المصنف تصحيحه وذكره في المبسوط والظهيرية ، وعلى الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما هروى والآسر هروى ، وأو اختلفا في الزمان والمكان لم تقبل إجماعا لما ذكرنا من الفرق بين السرقة والغصب بقبائل تأمل . لهما أنهما اختلفا في المشهود به فلم يوجد على كل منهما نصيب شهادة فكان كما لو اختلفا في ذكورها وأنوثها أو في قيمتها لا تقبل كذا هذا . وأيضا بطريق الدلالة في الغصب فإنهما لو شهدا على غصب بقره فقال أحدهما سوداء وأخرى والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها لإثبات حد فلأن لا تقبل فيها يوجب حدا أولى لأن الحد أعسر إثباتا فإنه لا يثبت بشهادة النساء . وأما ما زيد من أنه لا يثبت بأقل من أربعة فليس مما فيه الكلام : أعني السرقة بل يخص الزنا . ولأن حنيفة أن مجرد شهادتهما بسرقة بقره وهو المدعى به بلا ذكر المدعى لونا خاصا يثبت الحد ، ولم يقع فيه اختلاف بل وقع فيما ليس من نفس المشهود به ، وهذا لأنهما لم يكلفا علم لونها ، فإنهما لو قالوا لا نعلم لونها لا تسقط شهادتهما ويجب الحد ، واختلافهما في أمزائد لا يانمها مما ليس مدعى به لا يبطل الحد ، كما لو اختلفا في ثياب السارق فقال أحدهما سرقها وعليه ثوب أحمر وقال الآخر أيضا فإنه يقطع ، وكما لو اختلفا في مكان الزنا من البيت فقال أحدهما في هذه الزاوية وقال الآخر في تلك فإنه يحد ، وعلى هذا فلا حاجة في قبولها إلى التوفيق كما

والثاني أن التوفيق وإن كان ممكنا ليس يعتبر ما لم يصرح به فيما يثبت بالشهادات فكيف يعتبر إمكانه فيما يدرأ بها . والجواب عن الأول أن ذلك إنما كان احتيالا لإثباته أن لو كان في اختلاف ما كلفا نقله وهو من صلب الشهادة كيان قيمة المسروق ليعلم هل كان نصيبا فيقطع به أو لا ، وأما إذا كان في اختلاف ما لم يكلفا نقله كالون ثياب السارق وأمثاله فاعتبار التوفيق فيه ليس احتيالا لإثبات الحد لإمكان ثبوته بكونه ، ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان لون البقرة ما كلفهما القاضي بذلك فتبين أنه ليس من صلب الشهادة ولم يكلفا نقله إلى مجلس الحكم ، بخلاف الذكورة والأنوثة فإنهما يكلفان النقل بذلك لأن القيمة تخلف باختلافهما فكان اختلافهما في صلب الشهادة . وعن الثاني بأنه جواب القياس لأن القياس اعتبار إمكان التوفيق ، أو يقال التصريح بالتوفيق يعتبر فيما كان في صلب الشهادة وإمكانه فيما لم يكن فيه هذا ، والله أعلم بالصواب (قوله بخلاف الغصب) جواب عن مسألة الغصب بأن التحمل فيه بالنهار إذ الغصب يكون فيه غالبا على قرب منه . وقوله (والذكورة والأنوثة) جواب عما استشهدا به من الاختلاف بهما لاجتماعهما لا يجتمعان في واحد ،

قوله لا درهما فيشتغل بالتوفيق سيالة للحجة عن التسليل لا لإيجاب الحد . ثم إذا وقفنا وقبلنا الشهادة يجب الحد ضرورة لا قصد انتهى ؛ ولعل هذا الجواب وجه القياس الذي ذكره الشارح في جواب البحث الثاني ، ثم إن الشارح قد أجاب عن السؤال الجواب للكان أيضا في باب الشهادة على الزنا من كتاب الحدود فراجع (قوله والثاني أن التوفيق وإن كان التبع) أقول : كما سلف في الفرس السابق .

قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبدا من فلان بألف وشهد آخر أنه اشتراه بألف وخمسة فالشهادة باطلة) لأن المقصود إثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد ،

فهم العلامة السرخسي ، غير أنا تبرعنا بالتوفيق بما ذكر من أن السرقة تكون غالبا ليلا ونظر الشاهد إليه من بعيد ، وذلك سبب اشتباه اللون إذا كانا متقاربين كالسواد والحمرة وقد يجمعان وإن كانا متباعدين في البقاء فيرى كل لونا غير الآخر فيحمل اختلافهما على أحد الأمرين ، فعلى الأول أو الثاني إذا اختلفا في المتقاربين ، وعلى الثاني فقط في المتباعدين . بخلاف النصب فإنه يقع نهارا فلا اشتباه فيه ، وبخلاف الذكورة والأنوثة لأنهما يكلفان معرفة ذلك لتعلم القيمة فيعلم أن المسروق بلغ نصبا أو لا ، ولأن ذكره الذكورة دليل على أنه رآه من قريب وتحقق بحيث لا يشبهه عليه الحال فلا يتم ذلك التوفيق ، فالاختلاف وإن كان في زيادة فقد شغب بها على نفسه فظهر أن هذا التوفيق ليس احتياطا لإثبات الحد ، كما لم يكن التوفيق في اختلافهما في مكان الزنا من البيت بأنهما قد ينتقلان بحركة الرطبة من مكان إلى مكان احتياطا لإثباته ، ولا أن وجه قوله أدق وأحق من قوله كما ظنه صاحب الأسرار . وما قيل إن التوفيق لإثبات الحقوق واجب فيفعل ثم يجب الحد حينئذ ضرورة ثبوت السرقة حينئذ إن لم يصح منع وجوبه مطلقا بل إذا لم يستأزم وجوب حله (قواه ومن شهد لرجل الخ) صورته على ما في الجامع في الرجل يدعي على رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسة فينكر البائع فيقيم عليه شاهدا بألف وشاهدا بألف وخمسة ، قال : يعني أبا حنيفة رحمه الله هذا باطل إلى آخر ما هناك ، فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين إذا اختلفا فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة والمدعي يدعي ألفا وخمسة قضى بألف بالاتفاق بين الثلاثة ، وهنا لا تقبل في شيء ، وأركان المدعي يدعي ألفا وخمسة فلا بد من بيانه وهو أن ذلك فيها إذا ادعى دينا فقط والمقصود هنا دعوى العقد ، ألا ترى إلى قواه في الجامع فينكر البائع البيع ، ولأنه لو كان المقصود الدين لم ينجح إلى ذكر السبب ، وإذا كان المدعي به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لأن الثمن من أركانه والمركب

وكذا الوقوف على ذلك بأقرب منه فلا يشبهه ليحتاج إلى التوفيق . قال (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف الخ) رجل ادعى على آخر أنه باعه هذا العبد بألف أو بألف وخمسة وأنكر البائع ذلك فشهد شاهد بألف وآخر بألف وخمسة فالشهادة باطلة لأن المشهود به مختلف ، إذ المقصود من دعوى البيع قبل التسليم إثباته وهو مختلف باختلاف الثمن ، إذ الشراء بألف غيره بألف وخمسة ، واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة . فإن قيل : لا نسلم أن المقصود إثبات العقد بل المقصود هو الحكم وهو الملك والسبب وسيلة إليه . أجب بأن دعوى السبب المعين دليل على أن ثبوته هو المقصود ليرتب الحكم عليه وهو الملك ، إذ لو كان مقصوده ثبوت الملك لادعاه وهو

(قوله وكذا الوقوف على ذلك بأقرب منه) أقول : إذا كانت الشهادة بالذكورة والأنوثة واجبة والوقوف على ذلك بأقرب منه كيف يستقيم قوله فيما سبق لأن التحمل في اليأس من بعيد (قال المصنف : على كل واحد منهما) أقول : لفظة كل ما لاساجة إليه (قوله أجب بأن دعوى السبب المعين الخ) أقول : وفيه بحث ، فإن دعوى السبب المعين لا نسلم أنها تدل على ما ذكره ، بل ذلك لضرورة انحصار الوسيلة إلى المقصود فيها ، لأنه لو ادعى الملك المطلق فيما يملكه بسبب البيع لم يشهد شاهدا به تخرزا عن الكذب ، إذ المطلق غير الملك بسبب فإنهما مختلفان حيث ثبت الملك من الأصل حتى يستحق للمسي بزواته ، ولا كذلك مطلق الملك الحادث وتفصيله في الكنز وشرحه في الزيلعي في أول باب الاختلاف في الشهادة . ثم أقول : إذا ادعى ملكا مطلقا فشهدوا بالملك بسبب قبلت ، لأن للملك بسبب أقل من المطلق ، ولو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل وبه يظهر جواب البحث .

ولأن المدعى يكذب أحد شهاديه وكذلك إذا كان المدعى هو البائع ولا فرق بين أن يدعى المدعى أهل المالين أو أكثرهما لما بينا (وكذلك الكتابة) لأن المقصود هو العقد إن كان المدعى هو العبد فظاهر ، وكذا إذا كان هو المولى لأن الحق لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات السبب

الذى بعض أبرزاته مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلا (ولأن المدعى يكذب أحد شهاديه) وهو الشاهد بالآلف (وكذا إذا كان المدعى هو البائع) بأن ادعى أنه باعه بألف وخمسة فأنكر المشتري الشراء فأقام الشاهدين كذلك (ولا فرق بين أن يدعى المدعى منهما أكثر المالين أو أقلهما لما بينا) من اختلافهما في المشهود به والتكذيب من المدعى . وفي التواتر الظهريّة عن السيد الإمام الشهيد السمرقندى : تقبل لأن الشراء الواحد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسة بأن يزداد في الثمن فقد اتفقا على الشراء الواحد ، بخلاف ما لو قال أحدهما اشترى بألف والآخر بمائة دينار ، لأن الشراء لا يكون بألف ثم يكون بمائة دينار . وقال بعض المحققين من الشارحين : فيه نوع تأمل ، كأنه والله تعالى أعلم لو جاز أزم القضاء ببيع بلا ثمن إذ لم يثبت أحد الثمنين بشهادتهما ، ثم لا يفيد لأنه تعود الخصومة كما كانت في الألف والخمسة المدعى بها ، وإنما كان السبب وسيلة إلى إثباتها .

ومن هذا النوع ثمانية مسائل ذكرها المصنف : إحداها هذه . والثانية الكتابة ذكرها في الجامع . قال : وكذلك الكتابة إذا ادعاهما العبد وأنكر المولى : يعنى الكتابة على وزن ما ذكر في البيع زاد المصنف فقال وكذا إذا كان المدعى هو المولى لأن دعوى السيد المال على عبده لا تنصح ، إذ لا دين له على عبده إلا بواسطة دعوى للكتابة

لا يحتاج إلى سبب معين ، فإن الشهادة على الملك المطلق صحيحة فكان مقصوده السبب . فإن قيل : التوفيق ممكن لجواز أن يكون الثمن أولا ألفا فزاد في الثمن وعرف به أحدهما دون الآخر . أجيب بأن السيد الشهيد أبا القاسم السمرقندى ذهب إلى ذلك وقال : تقبل الشهادة ، بخلاف ما إذا شهدا بجنسين كألف درهم ومائة دينار . ووجه ما في الكتاب أن الشراء بألف وخمسة إنما يكون إذا كان الألف والخمسة ملصقين بالشراء ، وأما إذا اشترى بألف درهم ثم زاد خمسة فلا يقال اشترى بألف وخمسة ولهذا يأخذ الشفيع بأصل الثمن (قوله ولأن المدعى يكذب أحد شهاديه) دليل آخر على ذلك (وكذا إذا كان المدعى هو البائع) سواء ادعى البيع بألف أو بألف وخمسة لا فرق بينهما لما بينا أن المقصود هو السبب ، وكذا إذا كانت الدعوى في الكتابة ، أما إذا كان يدعيها العبد فلا خفاء في كون العقد مقصودا ، وأما إذا كان هو المولى فلا نعت لا يثبت قبل الأداء فكان المقصود إثبات

(قوله فإن قيل التوفيق ممكن الخ) أقول : إمكان التوفيق لا يفيد كما سبق من قريب (قوله وأما إذا اشترى بألف إلى قوله بأصل الثمن) أقول : فيه أن ما ذكره لا يفيق في احتمال أن يكون الثمن أولا ألفا وخمسة ثم سط خمسة حيث لا يأخذ الشفيع بأصل الثمن ، وأيضا إذا كان الثمن أولا ألفا ثم زاد تكون للزيادة والتولية بالزيادة مع أن المراجعة تقل ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول بزيادة ربع ، والتولية كذلك من غير زيادة ربع ، وإنما يأخذ الشفيع بأصل الثمن في الزيادة لما في الزيادة من إسقاط حقه الثابت فلا يمكنه . وجوابه أن قوله ولهذا البيع تنوير لا يجب إطراده (قوله قوله ولأن للمدعى الخ) أقول : إن لم يلاحظ مقصودية السبب والمدعى يدعى الأكثر فلا نسلم الإكذاب والاعتدال ظاهر ، وإن لوحظ يتولد إلى الدليل الأول . وجوابه اختيار الشق الثاني والإكذاب أمر متعارف لما ذكر في الدليل الأول (قوله أن المقصود هو السبب) أقول : وإن المدعى يكذب أحد شهاديه .

(وكذا الخلع والإعتاق على مال والصالح عن دم العمد إذا كان المدعى هو المرأة أو العبد أو القاتل) لأن المقصود إثبات العقد والحاجة ماسة إليه ، وإن كانت الدعوى من جانب آخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لأنه ثبت العفو والعق والطلاق باعتراف صاحب الحق بقي الدعوى في الدين وفي الرهن ، إن كان المدعى هو الراهن لا يقبل لأنه لاحظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى ، وإن كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين .

فينصرف إنكار العبد إليه للعالم بأنه لا يتصور له عليه دين إلا به ، فالشهادة ليست إلا لإثباتها . الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والإعتاق على مال والصالح عن دم العمد إن كان المدعى هو المرأة في الخلع والعبد في العتق والقاتل في الصلح عن دم العمد ، لأن المقصود إثبات العقد لأنه هو الذي يفيدهم الخلاص وهو مقصودهم (وإن كان الدعوى من الجانب الآخر) وهو الزوج والمولى وولى القتل (فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه) وهو أنه إذا ادعى أكثر المالمين فشهد به شاهد والآخر بالأقل ، فإن كان الأكثر يعطى مثل ألف وخمسةائة قضى بالأقل اتفاقاً ، وإن كان بكونه كألف وألفين فكلت عندهما ، وعند أبي حنيفة لا يقضى بشيء ، وهذا (لأنه ثبت العفو والعق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى إلا في الدين) والسادة الرهن إن كان المدعى هو الراهن لا تقبل الشهادة بشيء أصلاً لأن قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح (لأنه) أى الراهن (لاحظ له في الرهن) أى لا يقدر على استرداده مادام للدين قائماً فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح (وإن كان) المدعى هو (المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين) وعلمت حكمه . فإن قيل : الرهن لا يثبت إلا بإيجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغي أن يكون

العقد ، وفيه نظر لفظاً ومعنى . أما الأول فلهذا قال العتق لا يثبت قبل الأداء ، وذلك مشعر بأن مقصود المولى هو العتق والأداء هو السبب ، وليس كذلك بل مقصوده البذل والسبب هو الكتابة . وأما الثاني فلأن المولى إذا ادعى الكتابة والعبد منكر فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ . والجواب عن الأول أن تقريره بدل العتق لا يثبت قبل الأداء والأداء لا يثبت بدون الكتابة فكان المقصود هو الكتابة . أو يقال معناه أن مقصود المولى هو العتق والعتق لا يقع قبل الأداء والأداء لا يثبت بدون الكتابة فكانت هي المقصودة . وعن الثاني بأن قوله فالشهادة لا تقبل لتمكنه من الفسخ ليس بصحيح لجواز أن لا يختار الفسخ ويخاصم لأدنى البدلين (وكذا الخلع والإعتاق على مال والصالح عن دم العمد) أما أن المدعى إذا كان هو المرأة والعبد والقاتل فلا خفاء في كون العقد مقصوداً والحاجة ماسة إلى إثبات العقد ليثبت الطلاق والعتاق والعفو بناء عليه ، وإن كانت الدعوى من جانب الزوج بأن قال خلعتك على ألف وخمسةائة والمرأة تدعى الألف ، أو قال مولى العبد أعطتكم على ألف وخمسةائة والعبد يدعى الألف ، أو قال مولى القصاص صالحتكم بألف وخمسةائة والقاتل يدعى الألف فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه المذكورة من أنه تقبل على الألف إذا ادعى ألفاً وخمسةائة بالاتفاق ، وإذا ادعى ألفين لا تقبل عنده خلافاً لهما ، وإن ادعى أقل المالمين يعتبر الوجوه الثلاثة من التوفيق والتكذيب والسكوت عنهما (لأنه يثبت العفو والعق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقى الدعوى في الدين ، وفي الرهن إن كان المدعى هو الراهن لا تقبل)

(قوله وفيه نظر لفظاً ومعنى) أقول : في كونه فيه نظر لفظاً نظر ، إذ لا خلل فيفسد اللفظ (قوله العتق لا يثبت قبل الأداء) أقول : فيه بحث ، فإن معنى كلامه أن العتق لا يثبت قبل أداء كل البذل بمجرد عقد الكتابة أو بأداء بعض البذل حتى يثول دعوى المولى لدعوى الدين ويكون مقصوده الدين لا السبب كما في دعوى الإعتاق على مال فلا إشعاراً بذكره ولا حاجة إلى تقدير شيء (قوله بدل العتق لا يثبت الخ) أقول : أنه لا يحصل في يد المولى (قوله إن المقصود المولى العتق) أقول : أى العتق بعد أخذ المال (قوله لجواز أن لا يختار الخ) أقول : لا يقال فيكون العبد مدعياً أيضاً لأنه لا يقع إلا أنه لم يكن به من التفصيل وقد ذكرت المسئلة مطلقة (قوله بأدنى البدلين) أقول : ورائت خير بالله لا يخلو

وفي الإجارة إن كان ذلك في أول المدة فهو نظير البيع . وإن كان بعد مضي المدة والمدعى هو الآجر فهو دعوى الدين :

اختلاف الشاهدين في قدر المال كاختلافهما فيه في البيع والشراء . أوجب بأن الرهن غير لازم في حق المرتهن ، فإن له أن يردعه متى شاء ، بخلاف الرهن ليس له ذلك ، فكان الاعتبار لدعوى الدين في جانب المرتهن إذ الرهن لا يكون إلا بالدين فتقبل بيئته في ثبوت الدين ويثبت الرهن بألف ضمنا وتبعا للدين . ولا شك أن دعوى المرتهن إن كان مثلا هكذا أطالبه بألف وخمسةائة في عليه على رهن له عندي فليس المقصود إلا المال ، وذكر الرهن زيادة إذ لا يتوقف ثبوت دينه عليه ، بخلاف دين الثمن في البيع ، وإن كان هكذا أطالبه بإعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندي على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلا فلا شك أن هذا دعوى العقد ، فاختلاف الشاهدين في أنه رهنه بألف أو ألف وخمسةائة ، وإن كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشيء لأن عقد الرهن يختلف به . والسابعة الإجارة ، إن كان في أول المدة فهو كالبيع بأن ادعى المستأجر أو الآجر أنه أجره هذه الدار سنة بألف وخمسةائة فشهد واحد كذلك وآخر بألف لاثبت الإجارة كالبيع ، إذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق البذل فكان المقصود لإثبات العقد وهو يختلف باختلاف البذل . فلاثبت الإجارة (وإن كان بعد مضيا) استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم ، فإن

لعدم الدعوى ، لأنه لما لم يكن له أن يسترد الرهن قبل قضاء الدين كان دعواه غير مفيدة وكانت كأن لم تكن ، وإن كان هو المرتهن كان بمنزلة الدين يقضى بأقل المبالغ إجماعا قبل عقد الرهن بألف غيره بألف وخمسةائة فيجب أن لا تقبل البيعة وإن كان المدعى هو المرتهن لأنه كذب أحد شاهديه . وأوجب بأن الرهن عقد غير لازم في حق المرتهن حيث كان له ولاية الرد متى شاء فكان في حكم العلم فكان الاعتبار لدعوى الدين ، لأن الرهن لا يكون إلا بدين فتقبل البيعة كما في سائر الديون ويثبت الرهن بالألف ضمنا وتبعا للدين . وفي الإجارة لا يخلو إما أن تكون الدعوى في أول المدة أو بعد مضيا ، فإن كان الأول لم تقبل الشهادة كما في البيع لأن المقصود إثبات العقد وقد اختلف باختلاف البذل . وإن كان الثاني ، فلما أن يكون المدعى هو الآجر أو المستأجر ، فإن كان الآجر فهو دعوى الدين يقضى بأقل المبالغ إذا ادعى الأكثر لأن المدة إذا انقضت كانت المازعة في وجوب الآجر وصار كمن ادعى على آخر ألفا وخمسةائة وشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسةائة جازت على الألف ، وإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عند أبي حنيفة كما تقدم خلافا لهما ، وإن كان المستأجر قال في النهاية : كان ذلك اعترافا منه بمال الإجارة فيوجب عليه ما اعترف به ولا حاجة إلى اتفاق الشاهدين واختلافهما ، وهذا لأنه إن أقر بالأكثر لم يبن نزاع ، وإن أقر بالأقل فالآجر لا يأخذ منه بيعة سوى ذلك . وفي بعض الشروح : فإن كان الدعوى من المستأجر فهذا دعوى العقد بالإجماع وهو في معنى الأول ، لأن الدعوى إذا كانت في العقد بطلت

إما أن يتم بيعة على أدنى الدين ألا ، فإن كان الأول فلا يفيد شاهدي للمولى كما لا يخفى ، أو يوقف بينهما بأنه أمسقط بعض البذل بعد العقد الأول ، بل نقول : تقبل شاهدي المولى وتقصيه في التخالف والشروح ، وإن كان الثالث فلا يفيد أيضا لقدرته على الاستفاد بملكوته إذ لا سبب يخرج به عن يده . وأيضا علم الخامسة تنزل منزلة العلم لما أن عقد الكتابة ليس يلزم في حقه تمكن من الفسخ متى شاء كما سبق . آفا في مسألة الرهن ، وجوابه غير على التام (قوله لأن الرهن لا يكون إلا بدين الخ) أقول : يخالف لما أسلفه في جواب النظر الثالث آفا فخلل في جوابه (قال المصنف : وإن كان بعد مضي المدة والمدعى هو الآجر الخ) أقول : في شرح الوقاية لصدور الشريعة في أول الإجارة أن الآجر هو منطلي الآجر فيكون امتصاله بمعنى للآجر غير صحيح ، إلا أن يكون كلاين وتامر ، وعليه أنه استعمل الآجر بمعنى للآجر فعلا المقام .

قال (فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا ، وقالا : هذا باطل في النكاح أيضا) وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رحمه الله . لما أن هذا اختلاف في العقد ، لأن المقصود من الجانين السبب فأشبه البيع .

كان المدعى هو المزوج فهو دعوى الأجرة ، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة وهو يدعى الأكثر يقضى بألف إذ ليس المقصود بدمضى المدة إلا الأجرة ، وإن شهد الآخر بألفين والمدعى يدعيها لا يقضى بشيء عنده وعندهما بألف ، وإن كان المدعى هو المستأجر فهو دعوى العقد بالإجماع لأنه يعترف بمال الإجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ، ولا يثبت العقد للاختلاف . والثامنة النكاح ، وقد علمت أن النكاح أجرى مجرى الفعل حتى لا يقبل الاختلاف ، حتى لو ادعى نكاحها فشهد أحدهما أنها زوجت نفسها منه وشهد الآخر أن وليا زوجها منه لا تقبل ، ولو ادعى هو عليها ثانيا أنها زوجت نفسها منه فشهد هذا بأنها زوجت نفسها منه تقبل ، وإنما تقبل إذا ادعى أنها زوجت نفسها منه فشهد أن وكيلها فلان بن فلان زوجها لأن لفظ زوجت نفسها يصدق به في العرف . وقد أطلق محمد في الجامع عن أبي حنيفة رحمه الله فقال : فأما النكاح فإن أبا حنيفة كان يقول : إذا جاءت بشاهد يشهد على ألف وخمسة وشاهد يشهد على ألف جازت الشهادة بالألف وهي تدعى ألفا وخمسة ، فأما يعقوب ومحمد فقالا : النكاح باطل أيضا ، فحسب المصنف رحمه الله على إطلاقه فلم يفصل بين كون المدعى فيه الزوج أو الزوجة ، وجعله الأصح نفيًا لما حكاه من القول بالتفصيل بين كون المدعى الزوج فلا يصح باتفاقهم لأنه لأنه دعوى العقد إذ الزوج لا يدعى عليها مالا وكونه الزوجة فهو على الخلاف . وقال في وجه الأصح ما ذكرنا : يعني ما ذكره من التعايل لأبي حنيفة من أن المال تابع في النكاح ، وإنما المقصود منه الحل والازدواج والمالك ، ولا اختلاف في هذا بل في التبع ، وإذا وقع في التبع يقضى بالأقل لاتفاقهما عليه ، وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بألف ، فإن هذا الوجه يقتضى الصحة بالأقل بلا تفصيل . وأيضًا أجرى إطلاقه في دعوى الأقل والأكثر فصصح الصحة سواء ادعى المدعى الأقل أو الأكثر ، وهذا مخالف للرواية ، فإن محمدًا رحمه الله في الجامع قيده بدعوى الأكثر حيث قال : جازت الشهادة بألف وهي تدعى ألفا وخمسة ، والمفهوم يعتبر رواية ، وبقوله ذلك أيضًا يفهم لزوم التفصيل في المدعى به بين كونه الأكثر فيصح عنده أو الأقل فلا يختلف في البطان لتكذيب المدعى شاهد الأكثر كما عول عليه محققو المشايخ ، فإن قول محمد وهي تدعى الخ يفيد تقييد قول أبي حنيفة رحمه الله بالجواز بما إذا كانت هي المدعية للأكثر دونه فإن الولو فيه للحال والأحوال شروط فيثبت العقد باتفاقهما ودين ألف .

الشهادة فيؤخذ المستأجر باعتباره . قال (فأما النكاح فإنه يجوز بألف استحسانا) إذا اختلف الشهود في النكاح فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسة قبلت بألف عند أبي حنيفة وهو استحسان . وقال أبو يوسف ومحمد : هذا باطل في النكاح أيضا . وذكر في الأمالي قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة . لما أن هذا اختلاف في السبب ، لأن المقصود من الجانين هو العقد ، والاختلاف في السبب يمنع قبول الشهادة كما في البيع . ولأبي حنيفة أن المال في النكاح تابع ولهذا يصح بلا تسمية مهر ويملك التصرف في النكاح من لا يملك التصرف في المال كالمهر

ولكن حنيقة رحمه الله أن المال في النكاح تابع ، والأصل فيه الحل والازدواج والمالك ،

[فروع] شهد أنه أقر أنه غصب من فلان هذا العبد والآخر أنه أقر أنه أخذه منه يقضى به للمدعى ، ولو شهد أحدهما أنه أقر أنه أخذه منه والآخر أنه أقر بأنه لم يقض للشهود له بشيء ، ولو شهد أنه أقر أنه غصبه منه والآخر أنه أقر بأن المدعى أودعه إياه تقبل . وزاد في المتقن حين وضعها ثانية في الثوب : لو قال المدعى أقر بما قالاً لكنه غصبه متى تقبل ويحمل ذو اليد مقرا بملكية الثوب للمدعى فلا تقبل بينة المدعى عليه على الثوب بعده ، ثم قال فيما لو شهد أحدهما على إقراره بأخذه والآخر على إقراره بالإيداع منه وقال المدعى إنما أودعته منه لا تقبل لعدم اجتماعهما على الإقرار بملك ولا بأخذ ، لأن شاهد الوديعة لم يشهد بالأخذ فلم المناقضة في الحكم . والدليل . واعلم أنه ذكر فيما إذا شهد على إقراره بغصبه والآخر على إقراره بأخذه منه يقضى به للمدعى ويحمل المدعى عليه على حجته ، لأن إقراره بالأخذ ليس إقرارا بالملك فظهر الفرق فلا مناقضة إذا كان الأخذ لا يدل على الملك . شهد أنه أقر بأنه اشترى هذا العين من المدعى والآخر على إقراره بإيداعه للمدعى إياه منه قضى للمدعى ، ولو كان الشاهد الثاني شهد بأنه أقر بأن المدعى دفع إليه هذا العين قضى به للمدعى أيضا ، لكن لو برهن ذو اليد على شرائه منه بعد القضاء تقبل ، ألا ترى أن رجلا لو قال دفع إلى فلان هذا العين ثم برهن على أنه اشتراه منه تقبل . وفي الزيادات قال أحدهما أعنت كلة وقال الآخر نصفه لا تقبل . ولو ادعى اثنين فشهد أحدهما بألف والآخر بألفين تقبل على الألف إجماعا . ادعى الشراء فشهدا بالمبة والقبض لا تقبل ، إلا إن وفق فقال جحدني الشراء فاستوهبتها منه وأعاد البينة على المبة لأن الأولى ما قامت على ما ادعى به من المبة وإنما ادعاهما الآن فيقيم بينة دعواه . ادعى أنه ورثها من أبيه فشهد أحدهما كذلك والآخر من أمه لا تقبل : ادعى دارا فشهدا له بمدعاه وقضى له ثم أقر القاضي له أن البناء للمدعى عليه لا يبطل الحكم بالأرض للمدعى ، وإن شهدا بالبناء والأرض والباقي بحاله بطل الحكم لأنه أكلهما فيما قضاه من البناء ، بخلاف الأول لأن دخول البناء محتمل ، فإقرار المدعى بعدم دخوله بيان لأحد الاحتمالين . شهد أنها ولدت منه والآخر أنها حملت منه ، أو شهد أنها ولدت منه غلاما والآخر بجارية تقبل . شهد أنه أقر أن المدعى سكن هذه الدار والآخر أنها لا تقبل . ولو شهد أنه أقر بأن هذه الدار له وشهد الآخر أنه ساكنها قضى بها له . شهد أن قيمة الثوب للمالك كذا والآخر على إقراره بها لا تقبل . شهد على صريح الإذن والآخر أنه رآه يبيع فلم ينهه لا تقبل ، بخلافها على الإذن في الطعام والآخر عليه في الثياب تقبل على الإذن . وفي الأقضية : ادعى عبدا في يد رجل فشهدا على إقراره أنه ماله تقبل . ولو على إقراره بالشراء منه وأنكر المدعى البيع بأخذه المدعى لأن الإقرار بالشراء والاستيلاء إقرار بالملك للبائع على رواية الجامع أو بعدم ملك نفسه فيه على رواية الزيادات فقد أقر أنه لا ملك له فيه ولا أحد متعرض للمدعى فيأخذه ، وكذا لو شهد أحدهما على إقراره بالشراء منه والآخر على إقراره بالمبة منه والمدعى ينكر ، وكذا لو شهد أحدهما على الشراء منه بألف والآخر بمائة دينار . أو قال الآخر استأجره منه ، وكذا لو شهد أنه باعه المدعى منه والآخر أنه أودعه عنده ، وكذا لو شهدا على إقراره أن المدعى

والأخ ، والاختلاف في التابع لا يوجب الاختلاف في الأصل فكان ثابتا (قوله والأصل فيه الحل والازدواج) دليل آخر . وتقريره الأصل في النكاح الحل والازدواج والمالك لأن شرعيته لذلك . ولزوم المهر لصون المحل

(قوله والأصل فيه الحل) أقول : أي حل كل من الصلوتين أو من هو بمنزلة لآخر وازدواج أحدهما بالآخر ، بخلاف البيع (قوله دليل آخر) أقول : في صحة كونه دليلا آخر مستقلا بدون ملاحظة الأول تأمل .

ولا اختلاف في ما هو الأصل فيثبت ، ثم إذا وقع الاختلاف في التبع يقضى بالأقل لاتفاهما عليه ،

دفعها إليه . شهد على إقراره بأنه أخذ منه هذا والآخر على إقراره بأنه أودعه منه تقبل لاتفاهما على الإقرار بالأخذ لكن بحكم الودعة أو الأخذ من منفردا . شهد أن له عليه كذا دينارا والآخر أنه أقر أنه عليه تقبل . شهد أنه طلقها بالعربية والآخر بغيرها في المنتقى عن أبي يوسف لا تقبل ، ولو كان هذا بالإقرار بالمال تقبل ، وليس الطلاق كذلك لأن أنويه في وجوه كثيرة ، وفيه لو شهد أنه قال لعبد أنت حر والآخر أنه قال له آزاد تقبل . وفيه لو قال إن كدت فلانا فأنت حر فشهد أنه كده اليوم والآخر أمس لم تقبل ، وذكر فيه مشكلة الطلاق قال طلقت ، ولا شك أنه يجب في العتق ثبوته إذا وفق العبد بأن قال كاتمته في اليومين جميعا . وفيه شهد أنه قال إن دخلت هذه الدار فكذا والآخر إن دخلت هذه فلا تقبل ، وفيه إن طلقتك عبده حر فشهد أنه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق والعتق ، ولو قال إن ذكرت طلاقك إن سميت إن تكلمت به فشهد حر فشهد أنه طلقها اليوم والآخر أمس يقع الطلاق لا الهماق لأن شهادتهما اختلفت في الكلام ، وأو اختلغا في القذف في الزمان والمكان تقبل عنده خلافا لما . وفي إنشائه وإقراره لا تقبل لإجماعا . ادعى ألنا فشهد أحدهما بأنه أقر أن له عليه ألفا قرضا والآخر أنه أقر أنه أودعه ألفا تقبل لاتفاهما أنه وصل إليه منه ألف وقد جحد نصار ضامنا هي قسمان : قسم من الاختلاف بين الدعوى والشهادة ، وقسم من الاختلاف بين الشاهدين : القسم الأول ادعى ملكا على رجل بالشراء فشهدوا له بالملك المطلق فلا تقبل ، وقيد في الأقضية بما إذا نسب إلى معروف كان قال اشتريته من فلان ابن فلان وذكر شرائط التبريف ، أما لو جهله فقال اشتريت فقط أو قال من رجل أو من زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت ، وذكر في فتاوى رشيد الدين في القبول خلافا . ولو ادعى ما كان مطلقا فشهدوا به بسبب تقبل ، كذا أطلقه في الجامع الكبير . وزاد في الأجناس في القبول أن القاضي يسأل المدعي الملك ألك بهذا السبب الذي شهدوا به إن قال نعم قضى أو لا لا . وفي الدعوى والبيئذ : إذا تحمل الشهادة على ملك له سبب وأراد أن يشهد بالملك المطلق لم يذكر هذا في شيء من الكتب . واختلف فيه المشايخ ، والأصح أنه لا يسمعه ذلك . وأو كان ادعى الشراء من معروف ونسبه إلى أبيه وجده مع القبض وقال وقبضته منه فشهدوا بالملك المطلق في الخلاصة تقبل بلا ذكر خلاف . وحكي العمادى فيه اختلافا . قبل تقبل لأن دعوى الشراء مع القبض دعوى مطلق الملك حتى لا يشترط لصحة هذه الدعوى تعيين العبد ، وقبل لا تقبل لأن دعوى الشراء معتبرة في نفسها

الخطير عن الابتدال بالتسلط عليه بما كان عرف في موضعه ، ولا لاختلاف للشاهدين فيها فيثبت الأصل ، لكن وقع الاختلاف في التبع وهو المال فيقضى بالأقل لاتفاهما عليه . واعترض عليه بأن فيه تكذيب أحد الشاهدين . وأجيب بأنه فيها ليس بمقصود وهو المال والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الأصل ، وفيه نظر فإن مراد المعارض ليس بطلان الأصل بل بطلان التبع ، ومعنى كلامه أن يبطل المال المذكور في الدعوى وبازم مهر المثل . والجواب المذكور ليس بدافع لذلك كما ترى . والجواب أن المال إذا لم يكن مقصودا كان كالدين والاختلاف

(قوله ولا اختلاف للشاهدين فيها) أقول : الظاهر تذكير الضمير وتأنيبه باعتبار كون الأصل عبارة عن الأمور المذكورة (قوله وأجيب بأنه فيما ليس بمقصود) أقول : الجيب صاحب النهاية (قوله والجواب أن المال إذا لم يكن مقصودا) أقول : أي من النقد ، فإن النقد يصح بطلونه . وتحقيق الجواب وتفصيله ما ذكره صاحب النهاية فخلا عن الفوائد الظهيرية ، وإنما لم يذكر ثانيا حلا من التكرار فلا وجه لإيراد النظر عليه بعد ذلك فليتأمل (قوله كان كالدين) أقول : المراد من الدين هو الدين المنفرد عن النقد .

ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما في الصحيح . ثم قيل : الاختلاف فيها إذا كانت المرأة هي المدعية وفيها إذا كان المدعي هو الزوج إجماع على أنه لا تقبل ، لأن مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس إلا العقد : وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا أصح والوجه ما ذكرنا ، والله أعلم .

لا كالمطلق ؛ ألا ترى أنه لا يقضى له باز وإحدى ذلك . وفي ذواته شمس الإسلام دعوى الدين كدعوى العين ، وهكذا في شرح الحيل للحلواني ، لكن في المحيط ادعى الدين بسبب القرض وشبهه فشمه بوا بالدين مطلقا كان شمس الأئمة محمود الأوزجندی يقول : لا تقبل كما في دعوى العين بسبب وشهدوا بالمطلق . قال : وفي الأقضية مسئلتان يدلان على القول انتهى . وفي فتاوى رشيد الدين : أو ادعى ملكا مطلقا فشهدوا عليه بسبب ثم شهدوا على المطلق لا تقبل لأنهم إذا شهدوا على الملك بسبب حمل دعوى الملك المطلق عليه فلا تقبل شهادتهم على المطلق بعد ذلك ، أو شهدوا على المطلق ثم شهدوا على الملك بسبب تقبل لأنهم شهدوا ببعض ما شهدوا به أولا فتقبل . أما النكاح فلو ادعى على امرأة أنها امرأته بسبب أنه تزوجها بكذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل ويقضى بمز التل إن كان قدر المسمى أو أقل ، فإن زاد على المسمى لا يقضى بالزيادة ، ولو لم يذكر المال والباقي بحله قضى بالنكاح فقط ، ولو ادعى المطلق فشهد أحدهما به والآخر مع السبب تقبل ويقضى بالملك الحادث كما أو شهدا جميعا بالملك الحادث

فيه بطريق العطف لا يمنع القبول بالاتفاق كما تقدم ، فالتشكيك فيه غير مسموع . قال المصنف (ويستوى دعوى أقل المالين أو أكثرهما) بكلمة أو والصواب كلمة الواو بدلالة مستوى . وقوله (في الصحيح) احتراز عما قال بعضهم إنه لما كان الدين وجب أن يكون للدعوى بأكثر المالين كما في الدين ، وإليه ذهب شمس الأئمة . ووجه ما في الكتاب أن المنظور إليه العقد وهو لا يختلف باختلاف البذل لكونه غير مقصود يثبت في ضمن العقد فلا يراعى فيه ما هو شرط في المقصود : أغنى الدين . وقال (ثم قيل الاختلاف فيها إذا كانت المرأة هي المدعية ، فأما إذا كان المدعي هو الزوج فالإجماع على أنها لا تقبل لأن مقصودها قد يكون المال) بخلاف الزوج فإن مقصوده ليس إلا العقد فيكون الاختلاف فيه وهو يمنع القبول (وقيل الخلاف في الفصلين) يعني ما إذا كانت المرأة تدعى وما إذا كان الزوج يدعى (وهذا أصح) لأن الكلام ليس في أن الزوج يدعى العقد أو المال أو المرأة تدعى ذلك ، وإنما الكلام في أن الاختلاف في الشهادة على مقدار المهر هل يوجب خلافا في نفس العقد أولا . قال أبو حنيفة : لا يوجب ذلك . وقال يوجب ، وقد ذكر المصنف دليلهما وإليه أشار بقوله (والوجه ما ذكرناه) والله أعلم .

(قوله ويستوى إله قوله بكلمة أو الخ) أقول : وفي بحث ، فإنه من قبيل :

سلمان كسر وغيفه أو كسر عظم من عظمه

وفي الفرائض البراجية : وذلك في مستلذين : زوج وأبوين أو زوجة وأبوين ، فإن أو بمعنى الراو . وقال الزيلعي : ولا يكون بدعوى الأقل مكلبا لشاهد بخلاف أن يكون الأقل هو المسمى ثم صار أكثر الزيادة انتهى . وفيه تأمل ، فإنهم لم يجوزوا ذلك في البيع كما صرح به في الشروح . وجوابه أن النكاح ليس كالبيع ، فإنه يجوز النكاح بدون تسمية المهر ، بخلاف البيع بلا تسمية البذل فتأمل (قال للصف : وهذا أصح والوجه الخ) أقول : قال الإيتاني : ولنا في قوله وهذا أصح نظر لما أنهم لم يذكروا الخلاف في شرح الجامع الصغير ، وكذلك لم يذكروا في شرح السامري فيما إذا كان المدعي هو الزوج بل قالوا لا تقبل الشهادة لأن الاعتلاف وقع في العقد انتهى . وفيه نظر فإنه قال الإيتاني في شرح الجامع الصغير ، وإن كان للمدعي هو الزوج اعتلفوا على قول أبي حنيفة ، والأصح أنها تقبل عليه لأن المال تابع .

وكل ما كان بسبب عقد شراء أو هبة وغيره فهو ملك حادث ، وإن ادعى بسبب فشهد أحدهما به والآخر مطلقا لا تقبل كما إذا شهدوا جميعا بالمطلق ، وفيها لو ادعى التملك فشهدوا على المطلق تقبل ، ولو ادعى المطلق فشهدوا على التناج لا لأن دعوى مطلق الملك دعوى أوليته على سبيل الاحتمال ، والشهادة على التناج شهادة على أوليته على اليقين فشهدوا بأكثر مما ادعاه فلا تقبل . وهذه المسئلة دليل على أنه لو ادعى التناج أولا ثم ادعى الملك المطلق تقبل . ولو ادعى المطلق أولا ثم التناج لا تقبل . وفي المحيط : لو ادعى الملك بالتناج وشهدوا على الملك بسبب لا تقبل ، بخلاف ما لو ادعى المطلق وشهدوا عليه بسبب حيث تقبل انتهى . ولا يشكل أنه لو ادعى التناج بسبب فشهدا بسبب آخر لا تقبل . وفي الفصول : القاضى إذا سأل الشهود قبل الدعوى عن لون الدابة فقالوا كذا ثم عند الدعوى شهدوا بخلافه تقبل لأنه سألهم عما لا يكلف بيانه فهو كالمعلوم . وقال رشيد الدين : ويخرج من هذا كثير من المسائل ، ولو ادعى ملكا مطلقا مورثا فقال قبضته منى منذ شهر فشهدوا بلا تاريخ لا تقبل وعلى العكس تقبل على المختار ، ودعوى الملك بسبب الإرث كدعوى الملك المطلق ، وينبئ أن يستثنى ما إذا أرخ . فى الخلاصة : ادعى دارا فى يد رجل أنها ملك أبيه مات وتركها ميراثا له منذ سنة فشهدوا أنه اشتراها من المدعى عليه منذ سنتين لا تقبل إلا إذا وفق فقال اشتريتها منه منذ سنتين وبعضها من أبى ثم ورثها عنه منذ سنة وأقام البينة على هذا التوفيق . وإذا أرخ أحد الشاهدين دون الآخر لا تقبل فى دعوى الملك المورث وتقبل فى غير المورث ولو ادعى الشراء بسبب أرخه فشهدوا بالشراء بلا تاريخ تقبل وعلى القلب لا ، ولو كان للشراء شهرا وأرخوا شهرا تقبل وعلى القلب لا ، ولو أرخ المطلق بأن قال هذا العينى منذ سنة فشهدوا أنه له منذ سنتين لا تقبل ، ولو قال منذ سنتين وشهدوا أنه له منذ سنة تقبل ، ولو ادعى أنه قبض منى عشرة دنانير بغير حق فشهدوا على القبض تقبل ويحمل على أنه قبض فى الحال وعليه شهدوا . وقلمنا من مسائل القبض شيئا . دار فى يد رجلين اقتصماها بعد الدعوى أو قبلها وغاب أحدهما وادعى رجل على الحاضر أن له نصف هذه الدار مشاعا وفى يد رجل نصفها مقسومة فشهدوا أن له النصف الذى فى يد الحاضر فهى باطلة لأنها أكثر من المدعى به . ومثله لو ادعى دارا واستثنى طريق الدخول وحقوقها ومراقفها فشهدوا أنها له ولم يستثنوا الحقوق والمراقف لا تقبل ، وكذا لو استثنى بيتا ولم يستثنوه إلا إذا وفق فقال صدقوا لكنى بعت هذا البيت منها تقبل . وفى المحيط من الأقضية وأدب القاضى للخصاف : إذا ادعى الملك للحال فشهدوا أن هذا العين كان قد ملكه تقبل لأنها تثبت الملك فى الماضى فيحكم به فى الحال ما لم يعلم المزيل . وقال العمادى : وعلى هذا إذا ادعى الدين وشهد شاهدان أنه كان له عليه كذا أو قالوا بالفارسية أين مقداره زردرده اين مدعى عليه بود . من مدعى را . ينبئ أن تقبل كما فى دعوى العين انتهى . ونظيره فى دعوى العين ما ذكر رشيد الدين : إذا قالوا نشهد أن هذا كان ملكه تقبل ويصير كما لو قالوا نشهد أن هذا ملكه فى الحال ولا يجوز للقاضى أن يقول « امروز ملك وى دانيش » انتهى . ومعنى هذا لا يحل للقاضى أن يقول أعلمون أنه ملكه اليوم . نعم ينبئ للقاضى أن يقول هل تعلمون أنه خرج عن ملكه فقط ، ذكره فى المحيط فيما إذا ادعى ملكا مطلقا فى عين فشهدوا أنه ورثه من أبيه ولم يتعرضوا للملك فى الحال ، أو شهدوا أنه اشتراه من فلان وفلان يملكه ولم يتعرضوا للملك

في الحال تقبل ويقضى بالعين للمدعى لكن ينبغي أن يسألم القاضي إلى آخر ما ذكرنا وكذا إذا ادعى أن هذه زوجته فشهدوا أنه تزوجها ولم يتعرضوا للحال تقبل ، هذا كله إذا شهدوا بالملك في الماضي . أما لو شهدوا باليد له في الماضي وقد ادعى الآن لا يقضى للمدعى به في ظاهر الرواية ، وإن كانت اليد تنسوخ الشهادة بالملك على ما أسلفناه . وعن أبي يوسف يقضى بها ، وخرج العمادى على هذا مانقل عن الواقعات . لو أقرّ بدين رجل عند رجلين ثم شهد عدلان عند الشاهدين أنه قضى دينه أن شاهدى الإقرار يشهدان أنه كان له عليه دين ولا يشهدان أن له عليه فقال هذا أيضا دليل على أنه إذا ادعى الدين وشهدوا أنه كان له عليه تقبل ، وهذا غلط فإن مقتضاه أنه لا فرق بين الشهادة بأنه كان له عليه أو له عليه ، والحال أن صاحب الواقعات فرق حيث قال يشهدان أنه كان له عليه ولا يشهدان أن له عليه ، فلم يكن بينهما فرق لم يكن لئنه من أحدهما دون الآخر معنى . والذي يقتضيه الفقه أنهما إذا ثبت عندهما بشهادة العدلين أنه قضاه ذلك الذى أقرّ به عندهما أو ثبت بطريق أحدهما ذلك أن لا يشهدا كلا عرف فيها إذا علم شاهد الألف أنه قضاه منها خمسمائة لا يشهد حتى يقر بقضيه والله أعلم . وعكس مانحن فيه لو ادعى في الماضي بأن قال هذه البحارية كانت ملكي فشهدوا أنها له اختلف في قبولها ، والأصح لا تقبل ، وكذا لو شهدوا على طبق دعواه بأن شهدوا أنها كانت له لا تقبل لأن إستناد المدعى دليل على نفي ملكه في الحال إذ لا فائدة له في الاقتصاد على أن ملكه كان في الماضي إلا ذلك ، بخلاف الشاهدين إذا أسندا ذلك لا يدل على نفيهما إياه في الحال بل جواز قصدهما إلى الاحتراز عن الإخبار بما لا علم لهما به لأنهما لم يعلموا سوى ثبوته في الماضي ولم يعلما بانتقاله فقد يكون انتقل في نفس الأمر فيحتسب عنه الشاهد وإن كان يثبت للحال بالاستصحاب . وفي الخلاصة : ادعى النقرة الجيدة وبين الوزن فشهدا على النقرة والوزن ولم يذكرها جيدة ولا رديئة ولا وسطا تقبل ويقضى بالردىء ، بخلاف ما لو ادعى قفيز دقيق مع النخالة فشهدوا من غير نخالة أو متخولا فشهدوا على غير المتخول لا تقبل . وفيها أن من ادعى على رجل ألفا من ثمن بيت فشهدوا على ألف من ضيان جارية غصبها فهلكت عنده لا تقبل . وعن هذا ذكر في المسئلة المسطورة : وهى ما إذا شهدا بألف من ثمن جارية باعها منه فقال البائع أنه أشهدهما عليه بذلك والذى لى عليه ثمن متاع تقبل شهادتهما فقال في الخلاصة : هو محمول على أنهم شهدوا على إقراره بذلك : أى إقرار المدعى عليه بضمن البحارية لأن مثله في الإقرار يقبل لما ذكرنا في المسئلة المذكورة قبلها ، وفي الكفالة : إذا شهدوا أنه كفل بألف على فلان فقال الطالب هو أقرّ بذلك لكن الكفالة كانت عن فلان آخر كان له أن يأخذه بالمال لأنهما اتفقا فيها هو المقصود فلا يضرهما الاختلاف في السبب . ومثله ادعى أنه أجرة دارا ويقض مال الإجارة ومات فانفسخت الإجارة وطلب مال الإجارة فشهدوا أن الأجر أقرّ بقبض مال الإجارة قبل وإن لم يشهدوا على عقد الإجارة ، لأنهم شهدوا بالمقصود وهو استحقاق مال الإجارة ، ولو ادعى الدين أو القرض فشهدوا على إقراره بالمال تقبل ، ولو شهد أحدهما به والآخر بالإقرار به فقد أطلق القبول في المحيط والعدة . وقال قاضيخان تقبل عند أبي يوسف . ولو ادعى قرضا فشهدوا أن المدعى دفع إليه كلبا ولم يقولوا قبضا المدعى عليه يثبت قبضه كالشهادة على البيع شهادة على الشراء ، وإذا ثبت القبض بذلك يكون القول للذى

(فصل في الشهادة على الإرث)

(ومن أقام بيته على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البيعة)

اليد أنه قبض بجهة الأمانة فيحتاج إلى بيعة على أنه بجهة القرض إن ادعاه ، ولو ادعى أنه قضاه دينه فشهد أحدهما به والآخر بإقراره أنه قضاه لا تقبل ، ولو شهدا جميعا بالإقرار قبلت ، ولو ادعى شراء دار من رجل فشهدا أنه اشتراها من وكيله لا تقبل ، وكذا لو شهدا أن فلانا باعها منه وهذا المدعى عليه أجاز البيع . ادعى عليه أنك قبضت من مالي جملا بغير حق مثلا وبين سنة وقيمته فشهدوا أنه قبض من فلان غير المدعى تقبل ويجبر على إحضاره لأنه قال من مالي ولم يقل قبضت مني فلا يكون ماشهدوا به يناقضه فيحضره ليشير إليه بالمدعى . القسم الثاني : اختلاف الشاهدين . ادعى بالمبيع عينا فشهد أحدهما أنه اشتراه وبه هذا العيب وشهد الآخر على إقرار البائع به لا تقبل كما لو ادعى عينا أنه له فشهد أحدهما على أنه ملكه والآخر على إقرار ذي اليد أنه ملكه لا تقبل ، ومثله دعوى الرهن فشهد به بمعاينة القبض والآخر على إقرار الرهن بقبضه لا تقبل . قال ظهير الدين : الرهن في هذا كالغصب ، وكذا الوديعة لو ادعاهما فشهدا بإقرار المودع قبلت ، ولو شهد أحدهما بها والآخر بالإقرار بها لا تقبل على قياس الغصب ، وعلى قياس القرض تقبل ، بخلاف ما لو ادعى أنه باع بشرط الوفاء فشهد أحدهما أنه باع بشرط الوفاء والآخر أن المشتري أقر بذلك تقبل لأن لفظ البيع في الإخبار والإنشاء واحد . ومثله لو ادعت صداقها فقال وهبتني إياه فشهد أحدهما على الهبة والآخر على الإبراء تقبل للموافقة لأن حكمهما واحد وهو السقوط ، وقيل لا للاختلاف ، لأن الإبراء إسقاط والهبة تمليك والأول أوجه لأنه وإن كان إسقاطا يتضمن التمليك عليها يرتد بالرد . ولو شهد على إقرار المدعى عليه أن المدعى به في يده والآخر أنه في يده لا تقبل . وفي المحيط : ادعى دارا فشهد أنها داره والآخر على إقرار ذي اليد أنها له لا تقبل ، بخلاف ما لو شهد أحدهما على الدين والآخر على الإقرار به تقبل ، بخلاف ما لو شهد أنها جاريته والآخر على إقراره بها لا تقبل ، وبخلاف ما إذا شهد أنها جاريته والآخر أنها كانت له تقبل ، بخلاف ما إذا شهد الآخر أنها كانت في يده ، وإذا راجعت قاعدة التي أسلفنا من الفرق بين اختلاف الشاهدين على القول والفعل خرجت كثيرا من الفروع ، والله سبحانه أعلم .

(فصل في الشهادة على الإرث)

وجه المناسبة بين تعقيب الشهادة بملك متجدد حتى عن ميت على الشهادة بملك يتجدد حتى عن حي ظاهر (قوله ومن أقام بيته الخ) اختلف علماؤنا في أنه هل يتوقف القضاء للوارث بالشهادة على ملك الميت على الجبر

(فصل في الشهادة على الإرث)

(فصل في الشهادة على الإرث)

(قال المصنف : ومن أقام بيته على دار الخ) أقول : وأصله أنه متى ثبت ملك المورث لا يفتى للوارث حتى يشهد الشهود

أنه مات وتركها ميراثا له (وأصله أنه متى ثبت ملك المورث لا يقضى به للوارث حتى يشهد الشهود أنه مات وتركها ميراثا له عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، خلافا لأبي يوسف رحمه الله . هو يقول : إن ملك الوارث ملك المورث فصار الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث ، وهما يقولان : إن ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ، ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل ، إلا أنه يكفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة ، وكذا على قيام يده على ما ذكره ، وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لأن يد المستعير والمودع والمستأجر قائمة مقام يده فأغنى ذلك عن

والنقل وهو أن يقول الشهود في شهادتهم مات وتركها ميراثا لهذا المدعى . فعند أبي يوسف لا . وعند أبي حنيفة ومحمد نعم . وجه قول أبي يوسف ما ذكره المصنف بقوله (هو يقول ملك المورث ملك الوارث) لأنه يصير ملكه خلافة ، ولهذا يخاصم ويرد بالعيب ويرد عليه ويصير مغرورا إذا كان المورث مغرورا ، فالشهادة بالملك للمورث شهادة به له فلا حاجة إلى أمر زائد يشترط القضاء به له ، وقد ظهر بهذا على الخلاف وهو شهادتهم أنه كان ملك الميت بلا زيادة ، ولو شهدا أنها لأبيه لا تقبل ذكرها محمد بلا ذكر خلاف ؛ فقبل تقبل عند أبي يوسف ، وقيل لا تقبل بالاتفاق (وهما يقولان ملك الوارث ملك متجدد في العين حتى وجب على الوارث استبراء الجارية الموروثة ، ويحل للوارث الغنى ما كان تصدق به على المورث الفقير) ولو زكاة أو كفارة فلا بد من ذكرها الجبر والانتقال غير أنه

ذكر أحكام الشهادة المتعلقة بالميت عقيب الأحكام المتعلقة بالأحياء بحسب مقتضى الواقع . واعلم أن العلماء اختلفوا في الشهادة بالميراث ، هل تحتاج إلى الجبر والنقل ، وهو أن يقول الشاهد عند الشهادة هذا المدعى وارث الميت مات وتركها ميراثا له أولا . قال أبو حنيفة ومحمد : لا بد منه ، خلافا لأبي يوسف . هو يقول : إن ملك المورث ملك الوارث لكون الوراثة خلافة ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به ، وإن كان كذلك صارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث . وهما يقولان ملك الوارث متجدد في حق العين ولهذا يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ، ويحل للوارث الغنى ما كان صدقة على المورث الفقير ، والمتجدد محتاج إلى النقل لثلاث يكون استصحاب الحال مثبتا إلا أنه يكفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال حينئذ ضرورة

أنه مات وترك ميراثا لأن الملك للمورث قبل موته زمان فيقارن به زمان الموت بطريق الاستصحاب ، والثابت بطريق الاستصحاب لا يفتى عليه غيره ؛ ألا يرى أنه لو ادعى أننا نقول إن كان له على أنفسهم فامرأته طالق فتد شاعدا بأن طالعهم أول يحكم بالمال دون الطلاق ، ولو شهدوا بالألف الآن يحكم بالطلاق ويمن حق الوارث ، بخلاف ما لو شهدوا أنه كان في يد مودعه أو مستعيره عند الموت لأن يدهما يد كما لو شهد أنه كان له عام أول لأن الثابت بين ما يوجد البليل المنزل ولم يوجد وجه ولا يفت شيء ، بخلاف المسئلة الأول لأنه في الإثبات بالاستصحاب ، والمضى هذا لما ذكره التلخيص أنك الوارث يتجدد لست لا لا بوجود الاستبراء في الجارية الموروثة وحل أكل ما كان صدقة على المورث ، لأن الاستبراء يتعلق بمسئلات ملك اليد ؛ ألا يرى أن من اشترى جارية فلم يقبضها حتى حاضرت عند البائع مرارا فإنه يستبرئها ، وإن لم يكن غير محض وحل التناول لا يتوقف على تجديد الملك ؛ ألا يرى أن المورث الذي اجتمع عنه أموال الصنعة ثم استثنى بالإرث أو غيره يحل ما عنده من الصنعات ولا يتجدد (قوله بحسب مقتضى الواقع) أقول : فإن الواقع يقدم أحكام الحياة على أحكام الموت (قال المصنف : مات وتركها ميراثا له) أقول : وهو للولد بالبر والنقل . قال الكاكي : ولهذا لو ادعى دين على المورث وشهد أنه كان له حل الميت دين لا يقبل حتى ية ولوا أنه مات وهو عليه ذكره في القضية انتهى . ثم اعلم أنه أثبت الشئ في قوله وتركها بتأويل الحركة (قال المصنف : ويحل للوارث الخ) أقول : قال التلخيص : ولولا تجديد الملك لما حل له انتهى ؛ وفيه بحث فإنه من اجتمع عنه أموال

الجرّ والنقل (وإن شهدوا أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة) لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والأمانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت .

لا يشترط ذكر ذلك نصا بل إما نصا كما ذكرنا من قولهم مات وتركها ميراثا له أو شهدا بالملك للمورث عند الموت أو بما يقوم مقامه وهو اليد عند الموت وتجدد ملك الوارث غير لازم شرعى لما شهدوا به بل لازم لقيامه حال الموت . إذا عرف هذا فالمسئلة التي ذكرها المصنف اتفاقية ، وهي قوله : ومن أقام بيعة على دار أنها كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البيعة أنه مات وتركها ميراثا له . أما على قول أبي يوسف فظاهر ، وأما على قولهما فلأن الشهادة على الملك وقت الموت أو اليد وقت الموت تقوم مقام ذلك ، وقد وجد الثاني في مسئلة الكتاب لأنه أثبت اليد عند الموت حيث شهد أنها معارة منه أو مودعة عند الموت لأن يد المستعير والمودع والمستأجر كيد المعير وأخويه ، وقد طولب بالفرق بين هذا وما إذا شهدا لدعي ملك عين في يد رجل بأنها كانت ملك المدعي أو أنه كان ملكها حيث يقضى بها وإن لم يشهدا أنها ملكه إلى الآن ، وكذا لو شهدا لدعي عين في يد إنسان أنه اشتراها من فلان الغائب ولم يتم بيعة على ملك البائع وذو اليد ينكر ملك البائع فإنه يحتاج إلى بيعة على ملكه ، فإذا شهدا بملكه قضى للمشتري به وإن لم ينصاعلى أنها ملكه يوم البيع ، وهذه أشبه بمسئلتنا ، فإن كلا من الشراء والإرث يوجب تجديد الملك . والجواب أنها إذا لم ينصاعلى ثبوت ملكه حالة الموت فإنما يثبت بالاستصحاب والثابت به حجة لإبقاء الثابت لا لإثبات ما لم يكن وهو المحتاج إليه في الوارث ، بخلاف مدعى العين فإن الثابت بالاستصحاب بقاء ملكه لا تجدد ، وبخلاف مسئلة الشراء فإن الملك مضاف إليه لا إلى ملك البائع وإن كان لا بد لثبوت ملك المشتري من بقاءه لأن الشراء آخرهما وجودا وهو سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق لو لم يوجه فيكون مضافا إلى الشراء وهو ثابت بالبيعة . أما هنا فثبوت ملك الوارث مضاف إلى كون المال ملكا للميت وقت الموت لا إلى الموت لأنه ليس سببا موضوعا للملك بل عنده يثبت إن كان له مال فارغ ، والله سبحانه أعلم . هذا إذا شهدا أنها كانت معارة أو مودعة (فلو شهدا أنها كانت في يد أبيه مات وهي في يده) والأب هو

وكذا على قيام يده لأن الأيدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذ الظاهر من حال المسلم في ذلك الوقت أن يسوى أسبابه وبين ما كان بيده من الودائع والغصب ، فإذا لم يبين فالظاهر من حاله أن ما في يده ملكه فيجعل اليد عند الموت دليل الملك . لا يقال : قد تكون اليد يد أمانة ولا ضمان فيها لتتقلب بواسطة يد ملك ، لأن الأمانة تصير مضمونة بالتجهيل بأن يموت ولم يبين أنها ودیة فلان لأنه حيث ترك الحفظ وهو بعد يوجب الضمان ، وإذا ثبت هذا فن أقام بيعة على دار أنها له كانت لأبيه أعارها أو أودعها الذي هي في يده فإنه يأخذها ولا يكلف البيعة أنه مات وتركها ميراثا له بالاتفاق . أما عند أبي يوسف فلأنه لا يوجب الجرح في الشهادة ، وأما عندهما فلأن

الصنف ثم استثنى بالإرث أو غيره ميل له أكل ماعنه من المسقات ولا تجديد ملك (قال المصنف : لأن الأيدي عند الموت الخ) أقول : في الكافي لأن الأيدي المجهولة تنقلب يد ملك عند الموت لأنها لا تتخلو من أن تكون يد ملك أو غصب أو أمانة ، فإن كانت يد ملك فظاهر ، وكذا إذا كانت يد غصب لأنها تصير يد ملك ، لأن بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكا له ، وإن كانت يد أمانة فنصير يد غصب بالتجهيل فنصارت يد ملك أيضا فنصارت الشهادة يد مطلقة عند الموت شهادة بالملك عند الموت انتهى . وفي قوله لأنها تصير يد ملك تسامح (قوله إذ فظاهر من حال المسلم) أقول : في دلالته على المصطفى تأمل إلا أن يتم بقولنا فيكون تارك الحفظ وترك الحفظ منه فوجب

(وإن قالوا لرجل حتى نشهد أنها كانت في يد المدعى منذ أشهر لم تقبل) وعن أبي يوسف رحمه الله أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك ، ولو شهدوا أنها كانت ملكه تقبل فكذا هذا فصار كما إذا شهدوا بالأخذ من المدعى. وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد متقضية وهي متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان فتعذر القضاء بإعادة المجهول ، بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف ، وبخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ، ولأن يد ذى اليد معين ويد المدعى مشهود به ، وليس الخبر كالعناية .

المراد بلفظ فلان في قول المصنف إنها كانت في يد فلان : يعنى أبا الوارث المدعى جازت الشهادة فيقضى بالدار للوارث لإثباتها اليد المميت إلى حين الموت ، وبذلك يثبت الملك له لأن اليد وإن تنوعت إلى يد غضب وأمانة وملك ، فإنها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك ، لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع إذا مات بمجمل يصير المخصوص والوديعة ملكه لصيرورته مضمونا عليه شرعا ، ولا يجتمع البدلان في ملك مالك الوديعة والمخصوص منه ، ولا يازم على هذا ما لو شهدوا أن أباه دخل هذه الدار ومات فيها أو أنه كان فيها حتى مات ، أو أنه مات فيها أو أنه مات وهو قاعد على هذا البساط أو نائم على هذا الفراش ، أو أنه مات وهذا الثوب موضوع على رأسه لا تقبل حتى لا يستحق الوارث شيئا من ذلك مع أنها تفيد أن هذه الأشياء كانت في يد المورث قبل الموت لأنها خرجت بقوله بواسطة الضمان ، وهذه الأمور ليست موجبة للضمان . قال التمرتاشي : لا تثبت اليد على المحل بهذه الأشياء حتى لا يصير غاصبا ولا يصير ذو اليد مقرا بذلك ، بخلاف الشهادة بالركوب والحمل واللبس فإن اليد تثبت بها وتصير

قيام اليد عند الموت يغني عن الجرح وقد وجدت لأن يد المستعير والمودع يد العير والمودع ، ومن أقام البيئة أنها كانت في يد فلان مات وهي في يده ، فكذلك لما ذكرنا من انقلاب الأيدي عند الموت فصار كأنه أقامها على أنها كانت ملكه عند موته ، ومن أقامها أنها كانت لأبيه ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لم تقبل عندهما لعدم الجرح ، وما قام مقامه ، وتقبل عند أبي يوسف بشهادتهم بملك المورث (قوله وإن قالوا لرجل حتى) مسئلة أتى بها استطرادا إذ هي ليست من باب الميراث ، وصورتها : إذا كانت الدار في يد رجل فادعى آخر أنها له وأقام بيته أنها كانت في يده لم تقبل . وعن أبي يوسف أنها تقبل لأن اليد مقصودة كالملك ، ولو شهدوا أنها كانت ملكه قبلت فكذا هذا وصار كما لو شهدا بأن المدعى عليه أخذها من المدعى فإنها تقبل وترد الدار إلى المدعى . وجه الظاهر وهو قولهما أن الشهادة قامت بمجهول لأن اليد متقضية تزول بأسباب الزوال فرما زالت بعد ما كانت ، وكل ما كان كذلك فهو مجهول والقضاء بالمجهول متعذر ، وقوله (وهي متنوعة) دليل آخر : أى اليد متنوعة إلى يد ملك وأمانة وضمان ، وكل ما كان كذلك فهو مجهول ، والقضاء بإعادة المجهول متعذر ، بخلاف الملك لأنه معلوم غير مختلف ، وبخلاف الأخذ لأنه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ، ولأن يد ذى اليد معين ويد المدعى مشهود به والشهادة خبر وليس الخبر به لاحتمال زواله بعد ما كانت كالمعين المحسوس علم زواله

الضمان وملكه فتدبر (قوله لأن اليد متقضية تزول بأسباب الزوال الخ) أقول : قوله تزول بأسباب الزوال : يعنى بالبيع والهبة وغيرها ، ولكن يبقى حاملا بحث لأن الملك أيضا يزول بأسباب الزوال فرما زال به ما كان ، والظاهر أن قوله اليد متقضية ليس دليلا مستقلا بل من بعض مقدماته . وتقريره أن يد المدعى زالتة للحال ولا يؤمر بالإعادة إليه إلا بعد التيقن بكون الشيء حقا له ولم يتيقن بذلك لأن الأيدي مختلفة الخ (قوله ويد المدعى مشهود به) أقول : الظاهر أن يقال مشهود بها (قوله وليس الخبر به لاحتمال زواله) أقول : بل لاحتمال كذب الخبر في نفسه .

(وإن أقر بذلك المدعى عليه دفعت إلى المدعى) لأن الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار (وإن شهد شاهدان

بها غاصبا . هذا إذا شهدا كذلك لميت ، فلو شهدا حتى ادعى عينا في يد رجل كذلك : أى شهدا أنها كانت في يد هذا المدعى منذ شهر أو أقل أو أكثر أو لم يذكرنا وقتا ، فمن أبى يوسف هى كالتى لميت فيبقى للمدعى بالعين المذكورة . وقالوا : لا يقضى بها للمدعى بهذه الشهادة . لأبى يوسف رحمه الله أن اليمين مقصودة كالمالك ، ولو شهدا في هذه الصورة أنها كانت ملكا للمدعى تقبل على ما قلنا في القروع استصحابا للملكة إلى وقت الدعوى كذا هنا استصحابا ليده إلى وقت الدعوى وصار كما لو شهدوا أنه أخذها منه يقضى بالرد بهذه الشهادة . وجه الظاهر من قول أبى يوسف وهو وجه قولهما إن الشهادة مع كونها بيده متفضية شهادة بمجهول لأن اليد متنوعة إلى ملك وأمانة وضمان ، ولم يلزم أحدها بعينه لترتفع الجهالة فتعذر القضاء بهذه الشهادة لتعذر القضاء بمجهول ، بخلاف مثلها في الميت لأنه لزم أحدها بعينه بالموت وهو يد الملك فأمكن القضاء ، وبخلاف الأخذ فإن له موجبا معلوما وهو الرد من حيث هو أخذ إلى أن يقرن به ثبوت أنه أخذ حقه . قال عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترده فيبقى به » وأيضا اليد معاين للمدعى عليه ويد المدعى مشهود به بخبر عنه ، وليس الخبر كالمعاينة فيترجع قول المدعى عليه فلا يقضى به للمدعى . واستشكل بينة الخارج مع ذى اليد ، وكذا بيده مدعى الملك المطلق مع ذى اليد حيث ترجح بينة الخارج ومدعى الملك . أجيب بأن ذلك مسلم فيها لا يتنوع كينة الخارج ومدعى الملك المطلق بخلاف ما يتنوع . وهذا الجواب حاصله أن المعاينة كانت تقدم لو لم تلزم الجهالة في المقضى وهو في التحقيق يصير إلى الوجه الأول ويبطل استقلال الثانى بتأمل سير (قوله وإن أقر الفسخ) يعنى لو قال المدعى عليه بالدار التى في يده هذه الدار كانت في يد المدعى دفعت للمدعى ، وإن كانت اليد متنوعة لأن حاصل ذلك جهالة في المقر به وهى لا تمنع صحة الإقرار بل يصح ويلزم بالبيان ، فإنه لو قال فلان على شىء صح ويجبر على البيان ، وكلنا لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بأنها كانت في يد المدعى تقبل لأن المشهود به الإقرار وهو معارم ، وإنما الجهالة في المقر به وهى لا تمنع صحة القضاء . كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئا جازت ويومر بالبيان .

[تنمة] شرط الشهادة بالإرث أن يشهدوا أنه كان لمورثه ، فلو قالوا إنه لمورثه تقدم أن محمدا رحمه الله قال : لا يصح ولم يحك خلافا ، لأن المورث إن كان حيا فالمدعى ليس خصما ، وإن كان ميتا فلأبائيات الملك الميت حالا محال وتقدم قول بعضهم إنها تصح على قول أبى يوسف وهو غير بعيد لأننا نقطع بأن الشاهد لم يرد هذا المعنى بل ملكه حال حياته فكان كالأول ، ولا بد أن يدرك الشهود الميت لأن الشهادة على الملك لا يجوز بالتسامع ، ولا بد أن يبينوا جهة الاستحقاق حتى لو قالوا أخوه مات وتركها ميراثا له لا تقبل ما لم يقولوا لأبيه أو لأمه أو لهما لأن الإرث يختلف باختلاف الجهات ، وكذا لو قالوا كان لجدته ولم يقولوا مات وتركها ميراثا لأبيه ثم مات أبوه وتركها ميراثا له ولم يشترطه أبو يوسف على معارف في الخلافية غير أنه يسأل البيعة عن عدد الورثة للقضاء . وإذا شهدوا أنه كان لمورثه تركه ميراثا له ولم يقولوا لا تعلم له وارثا سواه ، فإن كان ممن يرث في حال دون حال لا يقضى لاحتمال عدم

(قوله وإن أقر المدعى عليه) يعنى إذا قال المدعى عليه هذه الدار كانت في يد هذا المدعى دفعت إليه لأن الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الإقرار وكلنا إذا شهد شاهدان بإقرار المدعى عليه بذلك دفعت إليه لأن المشهود

أنه أقر أنها كانت في يد المدعى دفعت إليه) لأن الشهود به هاهنا الإقرار وهو معلوم .

(باب الشهادة على الشهادة)

قال (الشهادة على الشهادة

استحقاقه أو يرث على كل حال محتاط القاضي وينتظر مدة هل له وارث آخر أم لا ثم يقضى ب كله ، وإن كان نصيبه يختلف في الأحوال يقضى بالأقل ؛ فيقضى في الزوج بالربع والزوجة بالثلث إلا أن يقولوا لانعلم له وارثا غيره . وقال محمد وهو رواية عن أبي حنيفة يقضى بالأكثر ، والظاهر الأول ، وليس الأصل أن لا يكون له وارث ويأخذ القاضي كفيلا عندهما لا عنده على ما تقدم . ولو قالوا : لانعلم له وارثا بهذا الموضع كفى عند أبي حنيفة خلافا لمحمد .

[فروع] إذا شهد اثنان أن هذا وارث فلان لانعلم له وارثا غيره ولم يذكر سببا يرث به فالشهادة باطلة حتى يبيننا سبب الإرث ، وكذا إذا شهدوا أنه أخوه أو عمه أو ابن عمه أو جده أو جدته لا تقبل حتى يبيننا طريق الأخوة والعمومة : أى يبيننا الأسباب المورثة للميت أنه لأب أو شقيق وينسب الميت والوارث حتى يلتقيا إلى أب واحد ، ويذكر أيضا أنه وارثه ، وهل يشترط قوله ووارثه في الأب والأم والولد ؟ قيل يشترط والغتوى على أنه لا يشترط قوله وارثه ، وكذا كل من لا يحجب بحال لا يشترط قوله وارثه . وفي الشهادة بأنه ابن ابن الميت أو بنت ابنة لا بد من ذلك . وفي الشهادة أنه مولا لا بد من بيان أنه اعتقه ، ولا يشترط ذكر اسم أب الميت ، حتى لو شهدا أنه جد الميت أبو أبيه ووارثه ولم يسموا أبا الميت قبلت . وفي الأقضية شهدا أنه جد الميت وقضى له به ثم جاء آخر وادعى أنه أبو الميت وبرهن فالتانى أحق بالميراث ، ولو شهدا أنه أخو الميت ووارثه فقضى به ثم شهد هذان الآخر أنه ابن الميت لا يبطل القضاء للأول بل يضمنان للابن ما أخذ الأول من الإرث ، ولو شهد آخران أن الثانى ابن الميت تقبل . وفي الزبادات : شهدا أن قاضى بلد كذا فلان بن فلان قضى بأن هذا وارث فلان الميت لا وارث له غيره فالقاضى محتاط ويسأل المدعى عن نسبه ، فإن لم يبين أمضى القضاء الأول لعدم المنازع في الحال ، فإن جاء آخر وبين أنه وارثه ، فإن كان أقرب من الأول قضى للثانى ، وإن كان أبعد منه لا يلتصق إليه ، وإن زاحمه بأن كان مثلا الأول ابنا والثانى أبا قضى بالميراث بينهما على قدر حقهما لإمكان العمل بهما .

(باب الشهادة على الشهادة)

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الأصول شرع في بيان أحكام شهادة الفروع (قوله الشهادة على الشهادة)

به . هو الإقرار وهو معلوم ، والجهاالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء ، كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على إقرار المدعى عليه أن له عليه شيئا جازت الشهادة ويؤمر بالبيان ، والله سبحانه وتعالى أعلم :

(باب الشهادة على الشهادة)

(باب الشهادة على الشهادة)

جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة) وهذا استحسان لشدة الحاجة إليها ، إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض ، فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدت إلى إتياء الحقوق ، ولهذا جَوَّزنا الشهادة على الشهادة وإن كثرت ، إلا أن فيها شبهة من حيث البديلة أو من حيث أن فيها زيادة احتمال ، وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما تدرى بالشبهات كالحلود والقصاص

جائزة في كل حق ثبت مع الشبهة (فخرج ما لا يثبت معها وهو الحلود والقصاص . فأما التعزير ففي الأجnas من نوادر ابن رستم عن محمد : يجوز في التعزير العفو والشهادة على الشهادة . ونص الفقيه أبو الليث على أن كتاب القاضى إلى القاضى لا يجوز فيه الشهادة على الشهادة ، وفي فتاوى قاضىخان الشهادة على الشهادة جائزة في الأقارير والحقوق وأفضية القضاة وكتبهم وكل شيء إلا الحلود والقصاص ، ويقولنا هذا قال أحمد والشافعى في قول ، وأصح قوليه وهو قول مالك : تقبل في الحلود والقصاص أيضا لأن القروع عدول ، وقد نقلوا شهادة الأصول فالحكم بشهادة الأصول لا بشهادتهم وصاروا كالترجم وسيندفع (قوله وهذا استحسان) أى جواز الشهادة على الشهادة ، والقياس أن لا تجوز لأنها عبادة بدنية وجبت على الأصل وليست بحق للمشهود له حتى لا تجوز الحصومة فيها والإجبار عليها . والنيابة في العبادة البدنية لا تجوز لأن كون قول إنسان يفد على مثله ويلزم ما منسبه إليه

الشهادة على الشهادة فرع شهادة الأصول فاستحقت التأخير في الذكر ، وجوازها استحسان ، والقياس لا يقتضيه لأن الأداء عبادة بدنية لزم الأصل لاحقا للمشهود له لعدم الإجبار ، والإنابة لا تجرى في العبادات البدنية إلا أنهم استحسنا جوازها في كل حق لا يسقط بالشبهة لشدة الاحتياج إليها ، لأن الأصل قد يعجز عن أدائها لبعض العوارض ، فلو لم يجز لأدت إلى إتياء الحقوق ولهذا جَوَّزت وإن كثرت : أعنى الشهادة على الشهادة وإن بدلت (إلا أن فيها شبهة) أى لكن فيها شبهة البديلة لأن البديل لا يصار إليه إلا عند العجز عن الأصل وهذه كذلك . واعترض بأنه لو كان فيها معنى البديلة لما جاز الجمع بينهما لعدم جوازها بين البديل والمبدل ، لكن لو شهد أحد الشاهدين وهو أصل وأخران على شهادة شاهد آخر جاز . وأوجب بأن البديلة إنما هي في المشهود به ، فإن المشهود به بشهادة القروع هو شهادة الأصول ، والمشهود به بشهادة الأصول هو ما عينوه مما يدعيه المدعى ، وإذا كان كذلك لم تكن شهادة القروع بدلا عن شهادة الأصول فلم يمتنع إتمام الأصول بالقروع ، وإذا ثبت البديلة فيها لا تقبل فيما يسقط بالشبهات كشهادة النساء مع الرجال . وقوله (أو من حيث أن فيها زيادة احتمال معطوف على قوله من حيث البديلة : يعنى أن فيها شبهة من حيث أن فيها زيادة احتمال ، فإن في شهادة الأصول تهمة الكذب لعدم العصمة ، وفي شهادة القروع تلك التهمة مع زيادة تهمة كذبهم مع إمكان الاحتراز بجنس الشهود بأن يزيدوا في عدد الأصول عند إشهادهم حتى إن تعدل إقامة بعض قام بها

(قال المسنف : إلا أن فيها شبهة من حيث البديلة الخ) أقول : فإن الشهادة عبادة بدنية ولا تجرى البديلة في العبادة ، وليس فوجه الاستحسان ما ينفعه (قوله لعدم الإجبار) أقول : أى لعدم الإجبار على الشهادة (قوله أى لكن فيها شبهة البديلة) أقول : إنما قال شبهة البديلة لما سيجىء من أن البديلة حقيقة ليس إلا في المشهود به أو الإضافة بيانية (قوله لعدم جوازها) أقول : فيه إعمال التفسير في الطرف (قوله بين البديل والمبدل) أقول : كالتيتم والورثوه وغسل الرجل ومسحها (قوله وأوجب بأن البديلة الخ) أقول : ويجوز أن يجاب بأنه ليس فيما ذكره من العصور الجمع بين البديل والمبدل لظهور أن الفرعين ليسا ببديل عن الذى شهد منهما بل عن الذى لم يحضر هكذا منح الجبال القفار ، ثم رأيت في شرح الكثر العلامة الأربلى أنه أجاب بهذا فذكرت أنه تمام (قوله فإن للمشهود به الخ) أقول : فعلى هذا يجب أن لا يجوز الجمع بين ختلك الشهود مما فليتأمل (قوله وإذا ثبت البديلة) أقول : أى شبهة .

(ونجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين) . وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد فصارا كالمرأتين ،

وهو ينبغي ويبرأ منه إنما عرف حجة شرعا عند قدر من احتمال الكذب وهو ما في شهادة الأصول لعدم العصمة من الكذب والسو فلا يكون حجة كذلك عند زيادة الاحتمال ، فكيف إذا كان الثابت ضعف ذلك الاحتمال وهو في شهادة الفرعين وإن اختلف على الأداء ، لأن عمله في الأصلين في إثبات حق المدعى وفي الفرعين ما يشهدان به من شهادة الأصلين ثم يرجع إلى الحق المدعى به ، لكن لما كان الشاهد قد يعجز عن الأداء لموته أو لغيبته أو مرضه فيضيع الحق أثبتنا أهل الإجماع صيانة لحقوق الناس . لا يقال : يستغنى عن ذلك بجنس الشهود بأن يستشهد على كل حق عشرة مثلا فيبعد موت الكل قبل دعوى المدعى . لأننا نقول : المدعى جاز كونه وارث واثرت صاحب الحق على مثله ، وقد انقضت الكل فالحاجة متحققة إليها ، ولما كانت الحقوق منها ما يختلط في إثباته ومنها ما أوجب الشرع الاحتياط في درئه وهو الحدود والقصاص لو أجزنا فيها الشهادة على الشهادة مع ثبوت ضعف احتمال الكذب كان خلافا للشرع والمصنف علل بهذا وبما فيها من شبهة البديلة ، فأورد على هذا لو كانت بدلا لم تجز شهادة أصل مع فرعين ، إذ البديل لا يجمع الأصل ولا شيئا منه . وأجيب بأن البديلة هنا بحسب المشهود به ، فإنا علمنا بثبوت المشهود به للأصول فيه شبهة كما ذكرنا ، وبالشهادة على شهادتهم تمكنت فيه شبهة أخرى لا بحسب شهادة الأصول لأن شهادتهم عيان ولا يفتنى ما فيه ، وبعد تحمله يرد إلى التعليل الآخر وهو كثرة الاحتمال بتأمل سير فلا يكونان تعليلين ، وهو خلاف ما ذكره المصنف ، لأجرم أن أصل السؤال غير وارد لأنه إنما يرد على حقيقة البديلة والمصنف إنما قال فيه شبهة البديلة لاحقيتها . فإن قيل : ذكر في المبسوط أن الشاهدين لو شهدا على شهادة شاهدين أن قاضي بلد كذا حدث فلانا في قذف تقبل حتى ترد شهادة فلان . أجيب بأن لانقضاء ، فإن المشهود به فعل القاضى وهو مما يثبت مع الشبهات ، والمراد من الشهادة بالحدود الشهادة بوقوع أسبابها الموجبة لها ، فأورد أن فعل القاضى موجب لردّها وردّها من حله فهو موجب للحد . أجيب بالمنع بل الموجب لردّها إن كان من حله ما يوجب الحد والذي يوجب هو القذف نفسه على أن في المحيط ذكر محمد في الزيادات لا تقبل هذه الشهادة (قوله ونجوز شهادة شاهدين) أو شهادة رجل وامرأتين (على شهادة شاهدين) يعنى إذا شهدا على شهادة كل من الشاهدين فيكون لهما شهادتان شهادتهما معا على شهادة هذا وشهادتهما أيضا على شهادة الآخر ، أما لو شهدا على شهادتهما بمعنى شهد واحد على شهادة أصل والآخر على شهادة الأصل الآخر فلا يجوز إلا على قول مالك على ما نقل عنه في كتب أصحابنا لكن في كتب أصحابنا أنه لا يجوز . وفي الجملة أن على قول أحمد وابن أبي ليلي وابن شبرمة والحسن البصرى والعبدى وعثمان البتّى وإسحاق تجوز الشهادة ، لأن الفرع قائم مقام الأصل بمنزلة رسوله في إيصال

الباقون ، فلا تقبل في الحدود والقصاص . قوله (ويجوز شهادة شاهدين) أى يجوز أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين . وقال الشافعي رحمه الله : لا يجوز إلا أن يشهد على شهادة كل واحد منهما شاهدان غير اللذين شهدا على شهادة الآخر فذلك أربع على كل أصل اثنان ، لأن كل شاهدين قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين لما

ولنا قول على رضي الله عنه : لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين ، ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فقبل (ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد) لما روينا ، وهو حجة على مالك رحمه الله ، ولأنه حق من الحقوق فلا بد من تصابب الشهادة (وصفة الإشهاد أن يقول شاهد الأصل

شهادته إلى مجلس القضاء فكأنه شهد بنفسه واعتبروه برواية الأخبار (ولنا ما روى عن على رضي الله عنه : لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين) ذكره المصنف وهو بهذا اللفظ غريب . والذي في مصنف عبدالرزاق : أنا إبراهيم بن أبي يحيى الأسلمي عن حسين بن ضمرة عن أبيه عن جده عن على قال : لا يجوز على شهادة الميت إلا رجلان . وأسند ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن إسماعيل الأزرق عن الشعبي قال : لا يجوز شهادة الشاهد على الشاهد حتى يكونا اثنين ، ولأن شهادة كل من الأصليين هي المشهود بها فلا بد أن يجتمع على كل مشهود به شاهدان حتى لو كانت امرأة شاملة مع الأصول لا يجوز على شهادتها إلا رجلان أو رجل وامرأتان . وقال الشافعي في أحد قوله : لا يجوز ، واختاره الزنى لأن القرعين يقومان مقام أصل واحد كالمترئين ، ولا تقوم الحجة بهما كالمترئين لما قامت مقام الرجل الواحد لا يقضى بشهادتهما ، ولأن أحدهما لو كان أصلاً فشهد شهادة ثم شهد مع فرع على شهادة الأصل الآخر لا يجوز اتفاقاً ، فكلاً إذا شهدا جميعاً على شهادة الأصليين . وفي قول آخر للشافعي تجوز كقولنا ، وهو قول مالك وأحمد لما روينا من قول على رضي الله عنه فإنه بإطلاقه ينتظم حمل النزاع ، ولأن حاصل أمرهما أنهما شهدا بحق هو شهادة أحد الأصليين ، ثم شهد بحق آخر هو شهادة الأصل الآخر ، ولا مانع من أن يشهد شاهدان بمحقق كثيرة ، بخلاف أداء الأصل بشهادة نفسه ثم بشهادته على الأصل الآخر مع آخر ، فإنه إنما لا يجوز لأن فيه يجتمع البطل والمبدل منه ، بخلاف ما لو شهد شاهد به وشهد اثنان على شهادة الأصل الآخر حيث يجوز . وقوله (وهو حجة على مالك) فيه نظر ، إذ كتبهم ناطقة بأن شهادة الواحد على الأصل لا تجوز ، وما ذكره المصنف برواية عنه ، وإنما نقل هذا عن تقدم ذكره في الحجة لما تقدم من أن الفرع كرسول ، وكرواية الأخبار . ويبلغه ما ذكرنا عن على رضي الله عنه ولأن كل واحد حق فلا يثبت إلا باثنين . وذكر في المستوعب للتحابلة عن أحد : لابد من أربعة فروع ليشهد كل فرعين على واحد من الأصليين (قوله وصفة الإشهاد) أي إشهاد شاهد الأصل شاهد الفرع (أن يقول شاهد الأصل له

قامتا مقام رجل واحد لم يتم حجة القضاء بشهادتهما) (ولنا قول على رضي الله عنه : لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين) فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين من غير تقييد بأن يكون بإزاء كل أصل فرعان (ولأن نقل الشهادة) معطوف على قوله ولنا قول على معنى ، ومعناه أن نقل شهادة الأصل حق من الحقوق ، فإذا شهدا بها فقد تم تصابب الشهادة ، ثم إذا شهدا بشهادة الآخر شهدا بحق آخر غير الأول ، بخلاف شهادة المترئين فإن التصابب لم يوجد لهما بمنزلة رجل واحد ، ولا تقبل شهادة واحد على واحد خلافاً لما لك . قال : الفرع قائم مقام الأصل معبر عنه بمنزلة رسول في إيصال شهادته إلى مجلس القاضي ، فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الإخبار فإن رواية الواحد عن الواحد مقبولة . ولنا ما روينا عن على رضي الله عنه وهو ظاهر الدلالة على المراد ، ولأنه حق من الحقوق فلا بد من تصابب الشهادة بخلاف رواية الأخبار قال (وصفة الإشهاد أن يقول : شاهد الأصل الخ) لما فرغ من بيان وجه مشروعيها وكيفية الشهود القروع شرع في بيان كيفية الإشهاد وأداء القروع فقال : وصفة الإشهاد أن يقول : شاهد الأصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي أي أشهد أن فلان بن فلان أقر عندى بكلنا

(قوله فإنه بإطلاقه يفيد الاكتفاء باثنين الخ) أقول : ينظر فيه .

لشاهد الفرع : أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندى بكذا وأشهدنى على نفسه (لأن الفرع كالتائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على مامر ، ولا بد أن يشهد كما يشهد عند القاضى لينقله إلى مجلس القضاء (وإن لم يقل أشهدنى على نفسه جاز) لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة . وإن لم يقل له أشهد (ويقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقرّ عنده بكذا وقال لى أشهد على شهادتي بذلك) لأنه لا بد من شهادته ، وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل ، ولها لفظ أطول من هذا وأقصر منه ،

للتحابلة عن أحد : لا بد من أربعة فروع لشهد كل فرعين على واحد من الأصلين (قوله وصفة الإشهاد) أى إشهاد شاهد الأصل شاهد الفرع (أن يقول شاهد الأصل له أشهد على شهادتي أني أشهد أن فلان بن فلان أقرّ عندى بكذا وأشهدنى على نفسه) وإنما شرط إشهاد الأصل الفرع فى شهادة الفرع (لأنه كالتائب عنه فلا بد من الاستنابة) وذلك بالتحميل ، بخلاف شهادة الأصل تجوز على المقرّ وإن لم يحمله ، وكذا كل من شاهد أمراً غير الشهادة له أن يشهد به وإن لم يحمله كالإقرار والبيع والغصب (على مامر) يعنى فى فصل ما يتحمله الشاهد ، وإنما لم يقل لأنه نائبه لأنه لو كان حقيقة النائب لم يميز القضاء بشهادة فرعين على شهادة أصل وأصل لا امتناع الجمع بين الأصل والخلط لكنه جائز . وقوله (ولا بد أن يشهد) أى شاهد الأصل عند الفرع (كما يشهد) شاهد الأصل (عند القاضى لينقله الفرع إلى مجلس القضاء وإن لم يذكر) شاهد الأصل فى شهادته عند الفرع . قوله (وأشهدنى) يعنى المقرّ (على نفسه) بذلك (جاز) لما ذكرنا أن نفا من الفرق . وإذا وقع التحميل بما ذكر (فيقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلان بن فلان) ويعرفه (أشهدنى على شهادته أن فلانا أقرّ عنده بكذا وقال لى أشهد على شهادتي بذلك) فلا بد من ذكر الفرع جبراً شاهد الأصل فلزم فيه خمس شينات ، وذلك (لأنه لا بد للفرع من شهادته وذكر شهادة الأصل والتحصيل) قال المصنف (ولها) أى لشهادة الأداء من الفرع (لفظ أطول من هذا وأقصر)

وأشهدنى على نفسه لأن الفرع كالتائب عن الأصل فلا بد من التحميل والتوكيل على مامر ، وإنما قال كالتائب عنه لما مر أن الفرع ليس بنائب عن الأصل فى شهادته بل فى المشهود به ، ولا بد أن يشهد الأصل عند الفرع كما يشهد الأصل عند القاضى لينقله مثل ماممه ، ويجوز أن يكون معناه كما يشهد الفرع عند القاضى ، والأول أوضح لقوله لينقله إلى مجلس القضاء ، وإن لم يقل الأصل عند التحميل أشهدنى على نفسه جاز لأن من سمع إقرار غيره حل له الشهادة وإن لم يقل له أشهد . قال (ويقول شاهد الفرع الخ) هذا بيان كيفية أداء الفروع الشهادة (يقول شاهد الفرع عند الأداء أشهد أن فلان بن فلان أشهدنى على شهادته أن فلانا أقرّ عنده بكذا وقال لى أشهد على شهادتي بذلك لأنه لا بد من شهادته : أعنى الفرع وذكر شهادة الأصل وذكر التحميل) والعبارة المذكورة تبنى بذلك كله وهو أوسط البارات (ولها) أى لشهادة الفروع عند الأداء (لفظ أطول من هذا) وهو أن يقول الفرع عند القاضى أشهد أن فلانا شهد عندى أن فلان على فلان كنا من المال وأشهدنى على شهادته فأمرنى أن أشهد على شهادته وأنا أشهد على شهادته بذلك الآن فلنك ثمان شينات والمذكور أولاً خمس شينات (وأقصر منه) وهو أن يقول الفرع عند القاضى أشهد على شهادة فلان بكذا وفيه شينتان ، ولا يحتاج إلى زيادة شىء وهو اختيار الفقيه

(قوله وذكر التحميل) أقول : يمكن فذكر التحميل أشهدنى على شهادته أو أشهد على شهادته فأمرنى من الآخر فبينى أن يمكن بثلاث شينات

وخير الأمور أوسطها (ومن قال أشهدنى : فلان على نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتى) لأنه لا بد من التحميل ، وهذا ظاهر عند محمد رحمه الله لأن القضاء عنده بشهادة القروع والأصول جميعا حتى اشتركوا فى الضمان عند الرجوع ، وكذا عندهما

أما الأطول فأن يقول : أشهد أن فلانا شهد عندى أن فلان على فلان كذا وأشهدنى على شهادته وأمرنى أن أشهد على شهادته وأنا الآن أشهد على شهادته بذلك فيأزم ثمان شينات ، وأما الأقصر فأن يقول القروع أشهد على شهادة فلان بأن فلانا أقرّ عنده بكذا ففيه شينتان ، وهو اختيار الفقيه أبى الليث وأستاذة أبى جعفر ، وحكى فتوى شمس الأئمة السرخسي به ، وهكذا ذكره محمد فى السير الكبير وبه قالت الأئمة الثلاثة . وحكى أن فقهاء زمن أبى جعفر خالفوا واشترطوا زيادة تطويل ، فأخرج أبو جعفر الرواية من السير الكبير فانقادوا له . قال فى الذخيرة : فلو اعتمد أحد على هذا كان أسهل ، وكلام المصنف يقتضى ترجيح كلام القدورى المشتمل على خمس شينات حيث حكاها ، وذكر أن ثم أطول منه وأقصر ، ثم قال (وخير الأور أوسطها) وذكر أبو نصر البغدادى شارح القدورى أقصر آخر وهو ثلاث شينات . قال : ويمكن الاختصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقرّ عنده بكذا ، ثم قال : وما ذكر صاحب الكتاب : يعنى القدورى أولى وأحوط . ثم حكى خلافا بين أبى حنيفة ومحمد وبين أبى يوسف فى أن قوله وقال لى اشهد على شهادتى شرط عند أبى حنيفة ومحمد فلا يجوز تركه ، وعند أبى يوسف يجوز . قال : وجه قولهما أنه لما لم يبقه احتمل أن يكون أمره أن يشهد مثل شهادته وهو كذب ، ويحتل أنه أمره على وجه التحميل فلا يثبت الثانى بالثالث . ولأبى يوسف أن أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن فيجعل لذلك على التحميل انتهى . والوجه فى شهود الزمان القول بقولهما وإن كان فيهم العارف المتدين ، لأن الحكم للغالب خصوصا المتخذ بها مكسبة للدراهم ، وقولهم فى إعطاء الصور : أشهد على شهادة فلان ونحوها المراد منه التمثيل ، وإلا فلا بد أن يعرف شاهد الأصل . قال فى الفتاوى الصغرى : شهود القروع يجب عليهم أن يذكروا أسماء الأصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالوا نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما أنهما يشهدان بكذا وقالوا لانسعيما أولا نعرف أسماءهما لم تقبل لأنهما تحملا مجازفة لاعتن معرفة (قوله ومن قال أشهدنى الخ) أى إذا قال شاهد عند آخر أشهدنى فلان على نفسه بكذا لا يسع السامع أن يشهد على شهادته

أبى الليث وأستاذة أبى جعفر ، وهكذا ذكره محمد فى السير الكبير (ومن قال أشهدنى فلان على نفسه) لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول له اشهد على شهادتى لأنه لا بد من التحميل) بالاتفاق . أما عند محمد فلأن القضاء عنده يقع بشهادة الأصول والقروع حتى إذا رجعوا جميعا اشتركوا فى الضمان : يعنى يتخير المشهود عليه بين تضمين الأصول والقروع ، وذلك إما يكون بطريق التوكيل ولا توكيل إلا بأمره . وأما عندهما فلأنه وإن لم يكن بطريق التوكيل حتى لو أشهد إنسانا على نفسه ثم منعه من الأداء لم يصح منعه وجاز له أن يشهد على شهادته لكن لا بد له من نقل شهادة الأصول إلى مجلس الحكم لتصير الشهادة حجة فإنها ليست بمنجزة فى نفسها ما لم تنقل ، ولا بد للنقل من التحميل . ولقائل أن يقول : كلام المصنف مضطرب لأنه جعل المطلوب فى كلامه التحميل ، واستدل

لأنه لا بد من نقل شهادة الأصول ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة .

حتى يقول له اشهد على شهادتي بذلك . ووجه المصنف بأنه لا بد من التحميل . أما عند محمد فلائنه يقول باشتراك الأصول والفروع في الضمان إذا رجعوا ، ومعنى هذا أن محمد لا يجير المشهود عليه بين تضمين الفروع والأصول ، وليس المراد ما يعطيه ظاهر اللفظ من أنه يضمن الكل معاً ، فإن اختار تضمين الفروع لا يرجعون على الأصول ، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب يتخير المصوب منه في تضمين أيهما شاء ، فإن ضمن الغاصب يرجع على غاصبه ، وأما عندهما قال فلائنه لا بد من التحميل (لأنه لا بد من النقل) يعنى إلى مجلس القاضى (ليصير حجة فيظهر) بالنقل (تحميل ما هو حجة) يعنى شهادة الأصول ، وهذا الكلام يقتضى أن وجوب التحميل لوجوب النقل ، والنقل لا يتحقق إلا بالتحميل ، حتى أسمع شاهداً يقول لرجل اشهد على شهادتي إلى آخره ليس له أن يشهد على شهادته لأنه إنما حمل غيره بمحضته ، فإذا نقل ظهر للقاضى أنه وجد الشرط وهو التحميل فتثبت عنده الحجة ، بخلاف ما لو سمع قاضياً يقول لآخر قضيت عليك بكذا أو على فلان فإنه يجب أن يشهد على قضائه بلا تحميل لأن قضائه حجة كالباع والإقرار ، بخلاف الشهادة ليست نفسها حجة حتى تصل إلى القاضى . ولناقل أن يقول : كون النقل إلى القاضى والحجة تتوقف على التحميل شرعاً ١٤ يحتاج إلى دليل إن لم يكن فيه إجماع الأمة ، وهو منتف على الأصح

عليه بقوله لأنه لا بد من النقل ليصير حجة وعطف عليه فيظهر بالنصب ، وذلك يقتضى أن يكون التحميل مما يحصل بعد النقل والنقل لا يكون إلا بالتحميل . ذكر في القوائد الظهيرية قولهم في هذا الموضع لأن الشهادة لا تكون حجة إلا في مجلس القاضى فلا يحصل العلم للقاضى بقيام الحق بمجرد شهادة الأصل مزيف ، لأن الفرع لا يسمعه الشهادة على الشهادة ، وإن كان الأصل شهد بالحق عند القاضى في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو أن الشهادة على الشهادة لا يجوز إلا بالتحميل والتوكيل . ووجه ذلك أن الأصل له منفعة في نقل الفرع شهادته من وجه ، وهو أن الشهادة مستحقة على الأصل يجب عليه إقامتها وبأثم بكتماها متى وجد الطلب من له الحق كما لو كان عليه دين . ومن عليه الدين إذا تبرع إنسان بقضائه عنه يجوز وإن لم يكن بأمره ، فباعتبار هذا لا يشترط الأمر لصحتها ، غير أن فيها مضرة من حيث أنها جهة في بطلان ولايته في تنفيذ قوله على المشهود عليه وإبطال ولايته بلون أمره مضرة

(قال المصنف : فيظهر تحميل ما هو حجة) أقول : فيه بحث ، فإن المقصود إثبات وجوب التحميل ، فنأين يثبت وجود التحميل حتى ما هو حجة ، ولا بد أن يحمل التحميل بمعنى التحمل كما في قوله تعالى فيفاحشه ميتة - يصح الكلام حيث علم ما أشار إليه الشيخ أكل الدين في فصل ما يتحمله الشاهد . وقال الإقناني : قوله فيظهر بالنصب جواب التي وهو قوله لا بد ، ويجوز أن يقال إنه عطف على قوله ليصير له وفيه بحث (قوله وذلك يقتضى أن يكون التحميل ما يحصل به النقل الخ) أقول : هذا مسلم ، بل اللازم ظهور كون التحميل بما هو حجة بعد النقل (قوله قولهم في هذا الموضع الخ) أقول : على ما مر في البداية في فصل ما يتحمله الشاهد ، وأشار إليه هنا . ثم اعلم أن قوله قولهم مبتدأ وخبره قوله مزيفاً (قوله فلا يحصل العلم للقاضى) أقول : هكذا فيما ظفرت به من نسخ المتأني ومراجع الدرر ، ولعله سهو ، والصحيح فلا يحصل العلم للفرع (قوله لأن الفرع لا يسمعه ، إلى قوله : عند القاضى في مجلسه) أقول : فيه بحث فإنه لو أراد أنه لا يسمعه بعد ما شهد في مجلس القاضى ولم يحكم بموجبها فذلك كذلك ، إلا أنه لا يلزمهم ، فإن مرادهم أنها لا تكون حجة إلا في مجلس القاضى إذا حكم بموجبها ، وإن أراد أنه لا يسمعه بعد الحكم بها فذلك لكونها لغوا من الكلام إذ يجب عليه أن يشهد يحكم القاضى حيثما طمئنت (قوله ووجه ذلك أن الأصل الخ) أقول مراد القوم أيضاً ليس إلا ذلك كما لا يخفى على من تأمل ، فإن الولاية تنفي القبول على الغير شأراً أو أبى فما لم يحكم القاضى بشهادته لا يظهر للأصول ولاية ولا يوجد إبطال ولايته ، فقولهم لا يكون حجة إلا في مجلس القاضى إشارة إلى هنا

قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيروا مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم) لأن جوازها للحاجة ، وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز . وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً حتى أدير عليها عدة من الأحكام فكذلك سبيل هذا الحكم . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح الإشهاد لإحياء لحقوقي الناس ، قالوا : الأول أحسن

عند الشافعية وإلا فالافتراق على أن من سمع لإقرار رجل أنه أن يشهد عليه بما سمع منه وإن لم يشهده ، بل ولو منعه من الشهادة بما سمع منه فإخراج الإقرار بشهادة الشاهد بشهادته على فلان محتاج إلى دليل من الشرع . وذكر في الفتاوى الظهيرية في وجهه أمراً آخر وهو أن الأصل له منفعة في نقل شهادته ، فإن شهادته حتى عليه يازمه أدائه إذا طلب منه من ماله ، ومقتضى هذا أن لا يحتاج إلى التوكيل والتحميل لأن من عليه دين إذا تبرع إنسان بقضاء دينه جاز وإن لم يكن بأمره لكن فيها مضرة إهدار ولايته في تنفيذ قواه على المشهود عليه فيتوقف على أمره ورضاه فيشترط كمن له ولاية إنكاح صغيرة لو نكحها إنسان لا بأمره لا يجوز ذلك (قوله ولا تقبل شهادة شهود الفرع إلا أن يموت شهود الأصل أو يغيروا مسيرة ثلاثة أيام) ولها (فصاعداً أو يمرضوا مرضاً لا يستطيعون معه حضور مجلس الحاكم لأن جوازها للحاجة ، وإنما تمس عند عجز الأصل وبهذه الأشياء يتحقق العجز ، وإنما اعتبرنا السفر لأن المعجز بعد المسافة) فقدرت بمسافة اعتبرها الشرع بعيدة حتى أثبت رخصاً عندها من الفطر والقصر وامتداد مسح الخلف وعدم وجوب الأضحية والجمعة (وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لا يستطيع أن يبيت في أهله لو غدا لأداء الشهادة صح شهادة الفرع لإحياء لحقوقي الناس ، قالوا : الأول أحسن) يعني من جهة الدليل لموافقة حكم الشرع

في حقه ، فباختصار هذا يشترط الأمر وصار كمن له ولاية في إنكاح الصغيرة إذا أنكحها أجنبي بغير أمره لا يجوز لما فيه من إبطال الولاية عليه . وهذا كلام حسن لسد الخلل . وأما عبارة المشايخ فهي "مشكلة ليس فيها إشعار بالمطلوب ، وقد تقدم لنا في هذا البحث كلام في أول الشهادات بوجه آخر مفيد ، والله أعلم . قال (ولا تقبل شهادة شهود الفرع الخ) قد تقدم أن يجوز الشهادة على الشهادة مساس الحاجة فلا يجوز ما لم يوجد ولا تقبل إلا أن يموت الأصول أو يغيروا مسيرة ثلاثة أيام أو يمرضوا مرضاً يمنعهم الحضور إلى مجلس الحكم لأن الحاجة تتحقق بهذه الأشياء لعجز الأصول عن إقامتها ، وإنما اعتبر السفر لأن المعجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكماً حتى أدير عليها عدة أحكام تقتصر الصلاة والفطر وامتداد المسح وعدم وجوب الأضحية والجمعة وحرمة خروج المرأة بلا محرم أو زوج (وعن أبي يوسف أنه إن كان في مكان لو غدا لأداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت في أهله صح له الإشهاد) دفعاً للحرج ، و(إحياء لحقوقي الناس قالوا : الأول) أي التقدير بثلاثة أيام (أحسن) لأن العجز شرعاً

(قوله لما فيه من إبطال الولاية عليه) أقول : إلى هنا كلام الفوائد الظهيرية (قوله وقد تقدم لنا الخ) أقول : في فصل ما يتصل به الشاهد وقد تقدم لنا كلام على كلامه هناك فراجع (قال للمصنف : وبهذه الأشياء الخ) أقول : الظاهر أن تقدم الجار لإفادة المصدر (قال المصنف : والثاني أرفق) أقول : أي بأرباب الحقوق من الناس فإن الشهود ربما لا يقيموا الحسبة من مسيرة السفر لما فيه من الحرج فينبغي المحقق خصوصاً في ذلك الزمان الذي تلبس الخوارج في الأمور الدينية أو المراد الرافض باليهود حديث لا يكلف ما فيه حرج عليه ولا يلزمه مشقة الحضور والظاهر هو الأول بشهادة السابق .

والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث. قال (فإن عدل شهود الأصل شهود الفرع جاز) لأنهم من أهل التزكية (وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صحيح)

(والثاني أرفق إحياء لحقوقي الناس) وفي اللخيرة كثير من المشايخ أخذوا بهذه الرواية (وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وذكره محمد في السير الكبير : وعن محمد : تجوز الشهادة كيفما كان حتى . روى أنه إذا كان الأصل في زاوية المسجد فشهد الفرع في زاوية أخرى تقبل . وقال الإمام السرخسي وغيره : يجب أن تجوز على قولهما خلافا لأبي حنيفة بناء على جواز التوكيل بالخصومة يجوز عندهما بلا رضا الخصم ، وعنده لا إلا برضاه وإلا قطع ، صرح به عنهما فقال : وقال أبو يوسف ومحمد : تقبل وإن كانوا في المصر .

[فروع] خرس الأصلان أو عيا أو جنا أو ارتدّا والعياذ بالله تعالى أو فسقا لم تجز شهادة الفرع ، وتجوز شهادة الابن على شهادة الأب دون قضائه في رواية ، والصحيح الجواز فيما : ولو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة غيره صحيح ، وتقبل الشهادة في الذنب وكتاب القاضى إلى القاضى . وفي الأصل : لو شهد رجلان على شهادة رجل وشهد أحدهما على شهادة نفسه في ذلك الحق فهو باطل ، لأن شهادة الأصل الحاضر على شهادة الأصل الغائب غير مقبولة ، لأنها أو قبلت ثبت بشهادة الأصل الحاضر ثلاثة أرباع الحق نصفه بشهادته وحده وربعه بشهادته مع آخر على شهادة الأصل الغائب ، ولا يجوز أن يثبت بشهادة الواحد ثلاثة أرباع الحق ، كذا ذكره الإمام السرخسي : ولم يزد في شرح الشافى على تعليقه بأن شهادته بشهادة نفسه أصل وشهادته على غيره بطل ولا يجتمعان ، بخلاف ما لو شهد واحد على شهادة نفسه وآخران على شهادة آخر صحيح . ولو شهدا على شهادة رجلين بشيء ولم يقض بشهادتهما حتى حضر الأصلان ونها الفروع عن الشهادة صحح النبی عند عامة المشايخ : وقال بعضهم : لا يصح ، والأظهر الأول : وتقبل الشهادة على الشهادة وإن كثروا . سمعوا قول حاكم حكمت بكذا على هذا ثم نصب حاكم غيره لما أن يشهدا أن القاضى قضى عليه وإن كانا سمعا من القاضى في المصر أو سواه في رواية الحسن عن أبي حنيفة وهو الأقوى وعن أبي يوسف : لا يجوز إن سمعاه في غير مجلس القاضى ، وهذا أخوط (قوله فإن عدل شهود الأصل الخ) شهود الأصل منصوب مفعولا وشهود الفرع فاعل . والحاصل أنه إذا شهد الزرعان فإن علم القاضى عدالة كل من الفروع والأصول قضى بموجب الشهادة ، وإن لم يعلم عدالة الأصول وعلم عدالة الفروع سأل الفروع عن عدالة الأصول فإن عدلوهم جاز لأنهم من أهل التزكية فتقبل (وكذا لو شهدا اثنتان فعدل أحدهما) وهو معارم العدالة للقاضى (الآخر جاز) خلافا لقول بعض المشايخ إنه لا يجوز لأنهم

يتحقق به كما في سائر الأحكام التي عدناها فكان موافقا لحكم الشرع فكان أحسن) والثاني أرفق وبه أخذ الفقيه أبو الليث) وكثير من المشايخ . وروى عن أبي يوسف ومحمد أنها تقبل وإن كانوا في المصر لأنهم يقولون قولهم فكان كقتل إقرارهم (فإن عدل شهود الأصل شهود الفروع جاز) وحاصل ذلك أن الفرعين إذا شهدا على شهادة أصليين فهو على وجه أربعة : إما أن يعرفهما القاضى أو لا يعرفهما ، أو عرف الأصول دون الفروع أو بالعكس ، فإن عرفهما بالعدالة قضى بشهادتهما ، وإن لم يعرفهما يسأل عنهما ، وإن عرف الأصول دون الفروع يسأل عن الفروع ، وإن عرف الفروع يسأل عن الأصول ، فإن عدل الفروع الأصول تثبت عدالتهم بذلك في ظاهر الرواية لأنهم من أهل التزكية لكونهم على صفة الشهادة (وكذا إذا شهد شاهدان فعدل أحدهما الآخر صحيح)

لما قلنا ، غاية الأمر أن فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يهتم بمثله كما لا يهتم في شهادة نفسه ، كيف وأن قوله في حق نفسه وإن ردت شهادة صاحبه فلا تهمة . قال (وإن سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالم) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله . وقال محمد رحمه الله : لا تقبل لأنه لا شهادة إلا بالعدالة ، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا يقبل . ولأبي يوسف رحمه الله أن المأخوذ عليهم النقل دون التعديل ، لأنه قد يخفى عليهم ، وإذا نقاوا يعرف القاضي العدالة كما إذا حضروا بأنفسهم وشهدوا .

في ذلك حيث كان بتعديله رفيقه يثبت القضاء بشهادته ، وذلك ما أشار إليه المصنف بقوله (غاية الأمر أن فيه منفعة إلى آخره ، لكن العدل لا يهتم بمثله كما لا يهتم في شهادة نفسه) يعنى أن شهادة نفسه تتضمن مثل هذه المنفعة وهي القضاء بها ، فكما أنه لم يعتبر الشرع مع عدالته ذلك مانعا كما ما نحن فيه (وإن سكتوا) أى الفروع عن تعديل الأصول حين سألهم القاضي (جازت) شهادة الفروع (ونظر القاضي) في حال الأصول . فإن عدلهم غيرهم قضى وإلا لا (وهذا عند أبي يوسف . وقال محمد) إذا سكتوا أو قالوا لا نعرف عدالتهم (لا تقبل) شهادة الفروع لأن قبولها باعتبار أنها نقل شهادة ولم تثبت شهادة الأصول فلا تقبل شهادة الفروع (ولأبي يوسف أن المأخوذ) أى الواجب (على الفروع) ليس إلا نقل (ما حملهم الأصول) دون تعديلهم (فإنه قد يخفى حالم عنهم ، فإنهم إذا نقلوا ما حملهم على القاضي أن يتعرف حالم منهم أو من غيرهم وصار كما أو حضر الأصول بأنفسهم وشهدوا وحيث أنه ظهر أن ليس سؤال القاضي الفروع عن الأصول لازما عليه بل المقصود أن يتعرف حالم غير أن الفروع حاضرون وهم أهل التزكية إن كانوا عدولا فلهوالم أقرب للمسافة من سؤال غيرهم ، فإن كان عندهم علم فقد قصرت المسافة وإلا احتاج إلى تعرف حالم من غيرهم ، كذا ذكر الخلاف الناصح في تهذيب أدب القاضي للخصاف وصاحب الهداية .

لما قلنا إنه من أهل التزكية ، وقوله (غاية الأمر) رد لقول من يقول من المشايخ لا يصح تعديله لأنه يريد تنفيذ شهادة نفسه بهذا التعديل فكان متهما ، فأشار إلى رده بقوله غاية الأمر : أى غاية ما يرد فيه من أمر الشبهة أن يقال : ينبغي أن لا يصح تعديله لأنه متهم بسبب (أن في تعديله منفعة) له من حيث تنفيذ القاضي قوله على ما شهد به (لكن العدل لا يهتم بمثله كما لا يهتم في شهادة نفسه) فإنه يحتمل أن يقال : إنما شهد فيها شهد ليصير مقبول القول فيما بين الناس عند تنفيذ القاضي قوله على موجب ما شهد به وإن لم يكن له شهادة فيه في الواقع (كيف) يكون ذلك مانعا وأنه ليس له في الحقيقة نفع بفوت بترك التعديل (لأن قوله في نفسه مقبول وإن ردت شهادة صاحبه) حتى إذا انضم إليه غيره من العلل حكم القاضي بشهادتهما (فلا تهمة ، وإن سكتوا عن تعديلهم) وقالوا لا تخبرك (جازت) شهادتهم (و) لكن (ينظر القاضي في حال الأصول) بأن يسأل من المزمين غير الفروع (عند أبي يوسف رحمه الله . وقال محمد : لا تقبل) شهادة الفروع (لأنه لا شهادة إلا بالعدالة ، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة فلا تقبل . ولأبي يوسف أن المأخوذ عليهم نقل الشهادة دون تعديل الأصول لأن التعديل قد يخفى عليهم فإذا نقلوا فقد أقاموا ما وجب عليهم . ثم القاضي (يتعرف العدالة كما إذا حضر الأصول بأنفسهم فشهدوا) وإذا قالوا لا نعرف أن الأصول عدول أولا ؟ قيل ذلك وقولهم لا تخبرك سواء ، وكأنه أشار إليه بقوله فإذا لم يعرفوها . وقال شمس الأئمة الحلواني : لا يرد القاضي شهادة الفروع ويسأل عن الأصول غيرهما وهو الصحيح ، لأن شاهد الأصل بقره مستورا

(قوله وكأنه أشار إليه الخ) أقول : وجه الإشارة أنهم لو عرفوها لا خبروا بها ، ثم لو قال : فلما لم يخبروا بها لكان أوضح في ذلك .

قال (وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة الشهود الفرع) لأن التحميل لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط (وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلاة بنت فلان الفلانية بألف درهم ، وقالوا أخبرانا أنها يعرفانها فبجاء بامرأة وقالوا :

وذكر خمس الأئمة فيما إذا قال القروى حين سألم القاضي عن عدالة الأصول لا تخبرك بشئ علم تقبل شهادتهما : أى القروى فى ظاهر الرواية ، لأن هذا ظاهر فى الجرح كما لو قالوا نهمهم فى هذه الشهادة . ثم قال : وروى عن محمد رحمه الله أنه لا يكون جرحا ، لأنه يحتمل كونه توقيفا فى حالم فلا يثبت جرحا بالشك انتهى . وعن أبى يوسف مثل هذه الرواية عن محمد أنها تقبل ويسأل غيرها . ولو قالوا : لا نعرف عدلتهما ولا علمهما ، فكلنا الجواب فيما ذكره أبو عبد الله السخندى . وذكر الحلوانى أنها تقبل ويسأل عن الأصول وهو الصحيح لأن الأصل بقى مستورا فيسأل عنه . وذكر هشام عن محمد فى عدل أشهد على شهادته شاهدين ثم غاب غيبة منقطعة نحو عشرين سنة ولا يدرى أهو على عدالته أم لا ؟ فشهدا على تلك الشهادة ولم يجد الحاكم من يسأل عن حاله ، إن كان الأصل مشهورا كأبى حنيفة وسفيان الثورى قضى بشهادتهما عنه لأن عيرة المشهور يتحدث بها ، وإن كان غير مشهور لا يقضى به ، ولو أن فرعين معلوما عدلتهما شهدا عن أصل وقالوا لاخبر فيه وزكاه غيرهما لا تقبل شهادتهما ، وإن قال ذلك أحدهما لا يثبت إلى جرحه . وفى التهمة : إذا شهد أنه عدل وليس فى المصر من يعرفه ، فإن كان ليس موضع للسؤال : يعنى بأن تخفى فيه المسألة سألمها عنه أو بعث من يسألها عنه سرا ، فإن عدلاه قبل وإلا اكتفى بما أخبراه علانية (قوله وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع) لأن إنكارهما الشهادة إنكار للتحميل وهو شرط فى القبول فوق فى التحميل تعارض خبرهما بوقوعه ، وخبر الأصول بعلمه ولا يثبت مع التعارض (قوله وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين على فلاة بنت فلان الفلانية بألف درهم) هكذا عبارة الجامع وتماه فيه . فيقولان قد أخبرانا أنها يعرفانها ويحييتان بامرأة فيقولان لا ندرى هى هذه أم لا ؟ قال : يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها فلاة الفلانية بعينها فتأخير الشهادة . والمصنف أفرد فقال (فجاء بامرأة) يعنى المدعى جاء بها

(وإن أنكر شهود الأصول الشهادة) بأن قالوا مالنا فى هذه الحادثة شهادة ثم جاء القروى يشهدون بشهادتهم (لم تقبل شهادة شهود الفرع لأن التحميل لم يثبت بالتعارض بين خبر الأصول وخبر القروى ، وهو أى التحميل (شرط) صحة شهادة القروى . قال (وإذا شهد رجلان على شهادة رجلين الخ) إذا شهد فرعان على شهادة أصليين (على فلاة بنت فلان الفلانية بألف درهم وقالوا أخبرانا) الأصلان (أنها يعرفانها فبجاء المدعى بامرأة وقالوا)

(قال المصنف : وإن أنكر شهود الأصل الشهادة) أقول : قال الزيلعى : أى الإشهاد ، ومعناه : إذا قال شهود الأصل لم نسمعهم على شهادتنا فأتوا أو غابوا ثم جاء القروى وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لأن التحميل شرط ولم يثبت التعارض بين الخبرين اهـ . وفى الكافي : معنى المسئلة أنهم قالوا مالنا شهادة على هذه الحادثة وماتوا أو غابوا ثم جاء القروى يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة ، أما مع حصرهم فلا يثبت إلى شهادة القروى وإن لم يتكروا انتهى . فظهر ما ذكره الزيلعى وما فى الكافي أن الحاكم واحد ، سواء أنكر الأصول شهادتهم بنفس الحادثة أو أنكرها لإشهاد القروى على شهادتهم . ثم ظاهر كلام البداية على ما صوره فى الكافي لاجل ما صوره الزيلعى ، فله قال الشهادة لا الإشهاد (قول المصنف فجاء بامرأة الخ) أقول : لعل القاء الترتيب . لا أكرى إذ لا يسع للشهادة قبل حضور الخصم ، أو قوله شهد الرجلان يعنى أرادوا الشهادة ، ولعل هذا هو الأول ، ويدل عليه قول الإمام الترمذى يمكن للشاهد الإشارة إليها فى الشهادة .

لا تدرى أى هذه أم لا فإنه يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها فلاتة) لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ، ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع مخلوذة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان على أن المخلوذة بها في يد المدعى عليه ، وكذا إذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده . قال (وكذا كتاب القاضى إلى القاضى)

وهو أنسب وهذا (لأن الشهادة) بالألف (على المعرفة بالنسبة قد تحققت) بالشهادة المذكورة للفروع (والمدعى يدعى) الألف (على حاضرة جاز كونها غيرها فلا بد من تعريف الحاضرة بتلك النسبة) التى بها شهدا بالألف عليها . قال المصنف (ونظير هذا إذا تحملوا شهادة ببيع مخلوذة) قال قاضيهان : وهذا كرجلين يشهدان أن فلانا اشترى دارا في بلد كذا بمخلوذة كذا ولا يعرفان الدارين بها يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أن هذه الأرض المخلوذة بهذه الحدود في يد هذا المدعى عليه ليصح القضاء . وهذا التصوير أوفق بالكتاب حيث قال : تحملوا الشهادة ببيع مخلوذة . وذكر التمرناشى رحمه الله : وصار كرجل ادعى مخلوذة في يد رجل وشهد شهوده أن هذا الحدود المذكور بهذه الحدود ملكه وفي يد المدعى عليه بغير حق فقال المدعى عليه الذى في يدي غير مخلوذة بهذه الحدود التى ذكرها الشهود يقال للمدعى هات شاهدين أن الذى في يده مخلوذة بهذه الحدود . ثم تصوير المصنف يصلى فيها إذا كان المدعى شفعيا والمخلوذة في يد المشتري فادعاه لطلب الشفعة فقال المشتري العين التى في يدي بطريق الشراء ليس بهذه الحدود . ثم قال المصنف (قال) يعنى محمدا في الجامع الصغير (وكذلك كتاب القاضى إلى القاضى فإنه ذكر فيه المسألتين فإنه قال بعد قوله فأجيز الشهادة ، وكذلك كتاب القاضى إلى القاضى بشهادة

الفرعان) لا تعلم أى هذه أم لا يقال للمدعى هات شاهدين يشهدان أنها هى ، لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعى يدعى الحق على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة . ونظير هذا إذا تحملوا الشهادة ببيع مخلوذة بذكر حدودها وشهدوا على المشتري) بعد ما أنكر أن يكون المخلوذة بها في يده (لا بد من) شاهدين (آخرين يشهدان بأن المخلوذة بها في يد المدعى عليه ، وكذا إذا قال المدعى عليه الذى في يدي غير مخلوذة بهذه الحدود ، وكذلك إذا كتب قاضى بلد إلى آخر شاهدا شهدا عندى أن فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا فافض عليه بذلك فأحضر المدعى فلانا في مجلس القاضى المكتوب إليه ودفع إليه الكتاب يقول القاضى هات شاهدين يشهدان أن هذا الذى أحضرته هو فلان المذكور في هذا الكتاب ليتمكن الإشارة إليه في القضاء ،

(قال المصنف : ونظير هذا ، إلى قوله : في يد المدعى عليه) أقول : قال في النهاية : ثم فائدة كون المخلوذة في يد المشتري حالة الدعوى تظهر إذا ادعى الشفعى أن فلانا باع والمخلوذة في يد المشتري ولي حق الشفعة ، وأما لو كان للمدعى هو البائع يطلب المشتري بائنه فلاحاجة إلى كون المبيع في يد المشتري لأن البائع ولاية طالبه بائنه من المشتري سواء كان في يد البائع أو في يد المشتري اتفق . ويظهر أيضا إذا ادعى المدعى الاستحقاق وإثبات البيع حيث لا بد من كون المخلوذة البائع قد يكون مشهورا والمدعى عليه ينضم بناء عليه بأن يده ليست يد خصومة ، ولا ينفع ذلك إلا بإثبات الشراء فتأمل (قوله فضاء للمدعى بالمرأة) أقول : أنكرت أنها إياها (قوله ونظير هذا إذا تحملوا ، إلى قوله : في يده الخ) أقول : فيه أن دموى العتار لا بد أن يشهدوا على كون للمدعى في يد المدعى عليه وإن اصررت هو به على ملبسجه (قوله الخ في يدي الخ) أقول : قوله الخ في يدي مبتدأ ، وقوله غير مخلوذة خبره (قوله ودفع إليه الكتاب الخ) أقول : وأنكر المدعى عليه كونه فلان بن فلان .

لأنه في معنى الشهادة على القاضي إلا أن القاضي لكامل ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل (ولو قالوا في هذين البابين التيمية لم يميز حتى ينسبوا إلى فخذها) وهي القبيلة الخاصة، وهذا لأن التعريف لا بد منه في هذا. ولا يحصل بالنسبة إلى العامة وهي عامة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون،

شاهدين. وقال أبو حنيفة رحمه الله (إن قالوا في هذين البابين التيمية لم يميز حتى ينسبوا إلى فخذها) إلى هنا لفظ الجامع الصغير: يعني أن القاضي إذا كتب في كتابه إلى القاضي الآخر أن شاهدين عدلين شهدا عندى أن فلان بن فلان الفلاني على فلانة بنت فلان الفلانية مائة درهم فاقض عليها بذلك فأحضر المدعى امرأة في مجلس القاضي المكتوب إليه وقال هي هذه يقول له المكتوب إليه هات شاهدين يشهدان أن التي أحضرتها هي فلانة بنت فلان الفلانية المذكورة في هذا الكتاب لم تكن الإشارة إليها في القضاء عليها. وقوله (إلا أن القاضي الخ) جواب عن مقدر وهو أنه إذا كان في معنى الشهادة على الشهادة يذمى أن لا يقبل قول القاضي وحده لأنه كشاهد الفرع شهد على الأصول بما شهدوا به فقال إن القاضي زيادة وفور ولايته ليست للشهود فقامت تلك مع ديانته مقام قول الاثنين فأنفرد بالنقل. ثم قال المصنف: قال: وأو قالوا في هذين فلفظ قال أيضا على ما ذكرنا من قول المصنف تنقلا للفظ الجامع على ما نقلناه آنفا: أي قال في الجامع: قال أبو حنيفة: لو قالوا في هذين البابين: أي الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي إلى القاضي هي فلانة بنت فلان التيمية لم يكف حتى ينسبوا إلى فخذها، يريد القبيلة الخاصة التي ليس دونها أخص منها، وهذا على أحد قولي اللغويين وهو في الصحاح: وفي الجمهرة جعل الفخذ دون القبيلة وفوق البطن وأنه يتسكن الخاء والجمع أنخاذ، وجعله في ديوان الأدب بكسر الخاء وأنه أقل من البطن وكذا ذكر صاحب الكشف والزيل فقال: والعرب على ست طبقات: شعب، وقبيلة، وعمارة، وبطن، وفخذ، وفصيلة؛ فالشعب تجمع القبائل، والقبيلة تجمع العائلات، والعمارة تجمع البطون، والبطن تجمع الأصخاذ والفخذ يجمع الفصائل؛ ففرض شعب وكذا ربيعة وملج وخير، ومميت شعوبا لأن القبائل تنشعب منها، وكنانة قبيلة، وقريش عمارة، وقصى بطن، وهشم فخذ، والعباس فصيلة. وعلى هذا فلا يجوز الاكتفاء بالفخذ مالم ينسبها إلى الفصيلة لأنها دونها، ولهذا قال تعالى - وفصايلته التي تؤويه - وقلمنا في فصل الكفاية من ذكر بعد

(لأنه) أي كتاب القاضي إلى القاضي (في معنى الشهادة) على الشهادة (لأن القاضي لكامل ديانته ووفور ولايته ينفرد بالنقل) فلا يلزم ما قيل تمثيل كتاب القاضي إلى القاضي بشهادة الفروع غير مناسب، إذ العدد من شأنهم دون الكتاب لأن ديانته ووفور ولايته قام مقام العدد (ولو قال الشهود في هذين البابين) يعني باب الشهادة وباب كتاب القاضي (فلانة التيمية لم يميز حتى ينسبوا إلى فخذها وهي القبيلة الخاصة) يعني التي لا خاصة دونها. قال في الصحاح الفخذ آخر القبائل الست: أولها الشعب، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ. وقال في غيره: إن الفصيلة بعد الفخذ؛ فالشعب يفتح الشين يجمع القبائل، والقبائل تجمع العائلات، والعمارة بكسر العين تجمع البطون، والبطن يجمع الأصخاذ، والفخذ يسكون الخاء يجمع الفصائل (وهذا) أي عدم الجواز (لأن التعريف لا بد منه، ولا يحصل بالنسبة العامة والتيمية عامة) بالنسبة إلى بني تميم لأنهم قوم لا يحصون فكيف تكون بينهم نساء

(قوله قال في الصحاح: الفخذ آخر القبائل الخ) أقول: هذا يدل على أن القبيلة قد تتلحق على كل واحد من هذه الست فيكون مشتركا أو مجزا على سبيل التعليل (قوله والقبائل تجمع الخ) أقول: والغالب أن يقال والقبيلة الخ.

ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة . وقيل الفرغانية نسبة عامة والأوزجندية خاصة ، (وقيل السمرقندية والبخارية عامة) وقيل إلى السكة الصغيرة خاصة ، وإلى الحلة الكبيرة والمصر عامة . ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجلد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات ، فذكر الفخذ يقوم مقام الجلد لأنه اسم الجلد الأعلى فنزل منزلة الجلد الأدنى ، والله أعلم .

(فصل)

الفصيلة العشرة . والعمارة بكسر العين ، والشعب بفتح الشين ، وأسافنا هناك ذكرها منظومة في شعر . ثم إنما لم يكتب بذكر نحو التسمية لأنها نسبة عامة فلا يحصل بها التعريف وهو المقصود بذكر ذلك . ونقل في النصول عن قاضيه : إن حصل التعريف باسمه واسم أبيه ولقبه لا يحتاج إلى ذكر الجلد ، وإن كان لا يحصل بذكر الأب والجلد لا يكتفى بذلك . وفي الفصل العاشر من فصول الأسروشنى : رأيت بخط ثقة : لو ذكر اسمه واسم أبيه وفخذه وصناعته ولم يذكر الجلد قبل . وشرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء . فعلى هذا لو ذكر لقبه واسمه واسم أبيه هل يكتفى ؟ فيه اختلاف المشايخ ، والصحيح أنه لا يكتفى . وفي اشتراط ذكر الجلد اختلاف ، فإذا قضى القاضى بدون ذكر الجلد ينفذ لأنه وقع في فصل يجهد فيه ، قال : كذا رأيت في بعض الشروط . ولا يخفى أن ليس المقصود من التعريف أن ينسب إلى أن يعرفه القاضى لأنه قد لا يعرفه ، ولو نسب إلى مائة جد وإلى صناعته ومخاته بل ليثبت بذلك الاختصاص ويزول الاشتراك ، فإنه قلما يتفق اثنان في اسمها واسم أبيهما وجدتهما أو صناعتهما ولقبهما ، فاذا ذكر عن قاضيه من أنه لو لم يعرف مع ذكر الجلد لا يكتفى بذلك . الأوجه منه ما نقل في الفصول من أن شرط التعريف ذكر ثلاثة أشياء ، غير أنهم اختلفوا في اللقب مع الاسم هل هما واحد أو لا ، ونظيره ما ذكر في النسب ما ذكر في النسبة إلى البلدان في حق من لا يعرف له نسبة إلى جده مشهور مثل أن يقول الفرغانية وكذا البلخية كما ذكره أبو الليث (وقيل السمرقندية والبخارية عامة) بخلاف الأوزجندية (وقيل) في النسبة (إلى السكة الصغيرة خاصة وإلى الحلة الكبيرة والمصر عامة) ثم قال المصنف (ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجلد عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف) في عدم اشتراط ذكر الجلد (على ظاهر الروايات ، فذكر الفخذ يقوم مقام الجلد لأن الفخذ اسم الجلد الأعلى) أى الجلد الأعلى في ذلك الفخذ الخاص فنزل منزلة الجلد الخاص ، وهذا تعليل لقول أبي حنيفة المنقول في الجامع : إن قالوا في هذين البابين فلا تسمية لم يميز حتى ينسبها إلى فخذها ، فإنه ذكره فيما إذا قال فلا تسمية فلا تسمية فلا تسمية من غير ذكر جده ، فعلم أن الفلانية يقوم مقام الجلد إذا كان نسبة إلى أخص الآباء .

(فصل)

اتحدت أساميين وأسائ أبائهم (ويحصل بالنسبة إلى الفخذ لأنها خاصة) ثم التعريف وإن كان يتم بذكر الجلد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافاً لأبي يوسف رحمه الله على ظاهر الروايات ، فذكر الفخذ يقوم مقام الجلد لأن الفخذ اسم الجلد الأعلى فنزل منزلة الجسد الأدنى في النسبة وهو أب الأب .

(فصل)

(فصل)

(قال أبو حنيفة رحمه الله : شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره . وقالوا : نوجه ضربا ونحبسه) وهو قول الشافعي رحمه الله : لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وبخم وجهه ،

(قال أبو حنيفة رحمه الله : شاهد الزور الخ) أخر حكم شهادة الزور لأنها خلاف الأصل ، إذ الأصل الصدق لأن الأصل في القطرة كونها على الحق والانحراف عنه لعارض من قبل النفس والشيطان ، وشاهد الزور لا يعرف إلا بإقراره بذلك ولا يحكم به بردة شهادته فخالفته الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له إذ قد يكون محقا في المخالفة أو للمدعى غرض في أذاه . وزاد شيخ الإسلام أن يشهد بموت واحد فيجىء حيا ، وأوقال غلظت أو ظننت ذلك قبل هما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم . وإذا ثبت كونه شاهد زور . فقال أبو حنيفة رحمه الله : يعزّر بتشهيره على المإل في الأسواق ليس غير (وقالوا : نوجه ضربا ونحبسه) فصار معنى قوله ولا أعزره لا أضربه . فالخاصل الاتفاق على تعزيره غير أنه اكتفى بتشهيره حاله في الأسواق ، وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية أو أضرافا إلى ذلك الضرب والحبس ويقولها قال الشافعي ومالك (لهما ما روى أن عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا) رواه ابن أبي شيبة : حدثنا أبو خالد عن حجاج عن مكحول عن الوليد بن أبي مالك أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله بالشام أن شاهد الزور يضرب أربعين سوطا ويسخّم وجهه ويحرق رأسه ويطال حبسه . وروى عبد الرزاق في مصنفه عن مكحول أن عمر ضرب بشاهد الزور أربعين سوطا . وقال : أخبرنا يحيى بن العلاء . أخبرني أبو الأحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أمر بشاهد الزور أن يسخّم وجهه وتلقى عمامته في عنقه ويطاف به في القبائل . فوجه الاستدلال بذلك ممن يرى تقليد الصحابي ظاهر ، أما من لا يراه فيوجّهين : أحدهما عدم التكبير فيما فعل عمر فكان إجماعا ، وليس بشيء لأن الإنكار لا يتجه فيما طريقه الاجتهاد ، فإذا فرض أنه أذاه اجتهدته إلى ذلك فلا يجوز التكبير على مجتهد في محل اجتهدته فلا حجة في هذا السكوت . والثاني أنه أتى بكثرة من الكبار على ما صرح به النبي صلى الله عليه وسلم فيما روى البخاري أنه صلى الله عليه وسلم قال : **وَالأخبركم بأكبر الكبائر ؟ قالوا : بلى يا رسول الله ؟ قال : الشرك بالله ، وعقوق الوالدين ، وكان متكئا فجلس قال : ألا وقول الزور وشهادة الزور ، فإزال يكرها حتى قلنا لا يسكت** » وقرن تعالى بينها وبين الشرك فقال : **فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور** . وإذا كانت كبيرة وليس فيها تقدير شرعي ففيها التعزير ، وهذا لا يتنقض على أبي حنيفة فإنه إجماعا يقتضي التعزير وهو لا ينفيه ، بل قال به على ما حققناه لكتبه بنى الزيادة فيه بالضرب : والحق أنه ينتقض عليه لأنه ينقض ضربه وهما يثبته ، فإن كان الضرب

(قال أبو حنيفة رحمه الله : شاهد الزور أشهره في السوق الخ) وهو الذي أقر على نفسه أنه شهد بالزور أو شهد بقتل رجل فجاء حيا يعزّر ، وتشهيره تعزيره عند أبي حنيفة ، فقوله ولا أعزره : يعني لا أضربه ، وقالوا : نوجه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي ومالك . لهما ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور وبخم وجهه بأخاه المسجمة ، من السخام : وهن سواد القدر ، أو بالحاء المهملة من الأسخم وهو الأسود . لا يقال : الاستدلال به غير مستقيم على مذهبهما ، لأنهما لا يقولان يجوز التسخيم لكونه مظلة وهو غير مشروع ، ولا يبلغ التعزير إلى أربعين لأن مقصودهما إثبات ما نقاه أبو حنيفة من التعزير بالضرب فإنه يدل على أن أصل

(قوله لأن مقصودهما الخ) أقول : جواب لقوله لا يقال الاستدلال به الخ .

ولأن هذه كبيرة تعدى ضررها إلى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزّر . وله أن شريحاً كان يشهر ولا يضرب ، ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به ، والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعاً عن الرجوع فوجب التخفيف نظراً إلى هذا الوجه . وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين والتسخم د

زيادة في التعزير فليكن إذ قد ثبت الزيادة فيه به (ولأن حنيفة رحمه الله أن شريحاً رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب) روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار : أنا أبو حنيفة عن الميثم بن أبي الميثم عن حدثه عن شريح أنه كان إذا أخذ شاهد الزور ، فإن كان من أهل السوق قال للرسول قل لم إن شريحاً يعزركم ويقول لكم إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه . وإن كان من العرب أرسل به إلى مجلس قومه أجمع ما كانوا أفعالاً للرسول مثل ما قال في المرة الأولى . ونحوه ما رواه بن أبي شبة : حدثنا وكيع حدثنا سفيان عن أبي حصين قال : كان شريح يبعث شاهد الزور إلى مسجد قومه أو إلى السوق ويقول إنا زينة شرادة هذا . وفي لفظ : كان يكتب اسمه عنده . وقال الخفاف في أدب القاضي : حدثنا وكيع قال : حدثنا سفيان عن أبي حصين قال : كان شريح يبعث بشاهد الزور فأدخل بين وكيع وأبي حصين سفيان . وقد يقال : ليس في هذه الرواية ما يصرح بأنه لم يضرب به بل لأنه فعل ذلك ، ولا ينبغي هذا أن يقول مع شيء آخر . ثم وجدنا هذا المحتمل مروياً . قال عبد الرزاق : أنا الثوري عن الجعد بن ذكوان قال : أتني شريح بشاهد زور فنزع عن رأسه وخفقه بالدرة خفقتات وبعث به إلى مسجد يعرفه الناس ، غير أن أبا حنيفة يقول : إن فرضنا أنه وقع الضرب وقد قاناً إنه إنما يعرف شاهد الزور بإقراره فكان ذلك قبل أن يلزم شاهد الزور الراجع أنه يفعل به ذلك ، فقد كان يظن أنه لا يحبس ولا يضرب فرجع ، فحين ترتب على رجوعه الضرب وصار ذلك مستقراً في النفوس يكون صارقاً له عن الرجوع وحاملاً على التهادي فوجب أن يترك ويكتفى بما ذكرت من التعزير ، هذا بعد العلم بأنه كان ممن كان منه بطريق الاجتهاد لا بالنقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاز أن يجتهد في نفيه باعتبار ثبوت معنى آخر . وأما الجواب بأن ما روى من ضرب عمر

الضرب مشروع في تعزيره ، وما زاد على ذلك كان محمولاً على السياسة . قوله (ولأن هذه) أي شهادة الزور (كبيرة) ثبت ذلك بالكتاب وهو قوله تعالى - فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور - وبالسنّة وهو ما روى أبو بكر عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قلنا : بلى يا رسول الله ، قال : الإشرak بالله ، وعقوق الوالدين ، وكان متكئاً فجلس فقال : ألا وقول الزور ، وشهادة الزور ، فما زال يقرؤها حتى قلت لا يسكت » (وتعدى ضررها إلى العباد) بإتلاف أموالهم (وليس فيه حد مقدر فيعزّر) . ولأن حنيفة رحمه الله أن شريحاً رحمه الله كان يشهر ولا يضرب) وكان ذلك في زمن عمر وعلى رضي الله عنهما والصحابة متوافرة ، وما كان يخفى ما يعمل عليهم وسكتوا عنه فكان كالمرور عنهما وحل محل الإجماع (ولأن المقصود هو الانزجار وهو يحصل بالتشهير فيكتفى به . والضرب وإن كان مبالغة في الزجر لكنه قد يقع مانعاً من الرجوع) فإنه إذا تصور الضرب يخاف فلا يرجع وفيه تضييع للحقوق (فوجب التخفيف من هذا الوجه) وذلك بترك الضرب (وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الأربعين) وهو منهى عنه . قال صلى الله عليه وسلم : « من بلغ حداً في غير حد فهو من المعتدين » (و بدلالة (التسخم) هذا تأويل شمس الأئمة ، وأوله شيخ الإسلام بأن المراد بالتسخم التخجيل بالتفضيع والتشهير ، فإن الحجل يسمى مسوداً مجازاً ، قال الله

ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله، فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا، وإلى قومه إن كان غير سوقى بعد العصر أجمع ما كانوا، ويقول: إن شريحا يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه. وذكر شمس الأئمة السرخسى رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا. والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما، وكنية التعزير ذكرناه في الحدود (وفي الجامع الصغير: شاهدان أقرّا أنّهما شهدا يزور لم يضربا ولا يعززان) وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك، فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبيعة لأنه نفي للشهادة والبيّنات للإثبات، والله أعلم.

والتسخيم كان سياسة، فإذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يقعله، فقد يرد بما ذكرنا من كتاب عمر به إلى عماله في البلاد. وأما الاستدلال على السياسة بالتبليغ إلى الأربعين ولا يبلغ بالتعزير إلى الحدود فليس بشيء، فإن ذلك مختلف فيه فن العلماء من يجيزه، وقد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ به خمسة وسبعون وتسعة وسبعون فجاز كون رأى عمر رضى الله عنه كذلك. وأما كون التسخيم مثله منسوخة فقد يكون رأى عمر رضى الله عنه أن الخلعة ليست إلا في قطع الأعضاء ونحوه مما يفعل في البدن ويولم، لا باعتبار عرض يغسل فيزول.

تعلى - وإذا بشر أحدهم بالأثبي ظل وجهه مسودّا - (وتفسير التشهير مانقل عن شريح رحمه الله أنه كان يبعث إلى سوقه، إن كان سوقيا، وإلى قومه إن لم يكن يكن سوقيا بعد العصر أجمع ما كانوا) أى يجتمعين، أو إلى موضع يكون أكثر جمعا للقوم (ويقول: إن شريحا يقرئكم السلام ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس. وذكر شمس الأئمة أن عندهما أيضا يشهر، والحبس والتعزير مقداره مفوض إلى ما يراه القاضي) ولم يذكر المصنف أن هذا الاختلاف فيمن كان تابيا أو مصرا أو مجهول الحال. وقد قيل إن رجوع على سبيل التوبة والتدم لا يعز من غير خلاف، وإن رجوع على سبيل الإصرار يعز بالضرب من غير خلاف، وإن لم يعلم حاله فعل الاختلاف الذى قلنا. ثم إنه إذا تاب هل تقبل شهادته بعد ذلك أو لا؟ إن كان فاسقا تقبل لأن الحامل له على الزور فسقه وقد زال بالتوبة، ومدة ظهور التوبة عند بعض المشايخ ستة أشهر، وعند آخرين سنة. قالوا: والصحيح أنه مفوض إلى رأى القاضي. وإن كان مستورا لا تقبل أصلا. وكلنا إن كان عدلا على رواية بشر عن أبي يوسف لأن الحامل له على ذلك غير معلوم فكان الحال قبل التوبة وبعدها سواء. وروى أبو جعفر أنها تقبل. قالوا: وعليه الفتوى. قال (وفي الجامع الصغير) وذكر أن فائدة ذكر روايته هي معرفة شاهد الزور بأنه الذى أقر على نفسه بذلك، فإما إثبات ذلك بالبيعة فليس بصحيح لأنه نفي للشهادة والبيّنات شرعت للإثبات، ولم يذكر الذى شهد بقتل شخص وظهر حيا أو بموته وكان حيا إما لندرته وإما لأنه لا يجيب له أن يقول كذبت أو ظننت ذلك أو سمعت ذلك فشهدت وهما بمعنى كذبت لإقراره بالشهادة بغير علم فجعل كأنه قال ذلك، والله أعلم.

(قال المصنف: أجمع ما كانوا) أقول: حال من الظرف: أى حال كونه أجمع الأوقات التى كانوا فيها أو أجمع أحوالهم على أن ما مصدرة كما في: أخطب ما يكون الأمير قائما، وهذا أول، ويجوز أن يكون بدلا من بعد العصر بل صفة له (قال المصنف: يقرئكم السلام) أقول: قرأ عليه السلام أبانته، ولا يقال أقرأه إلا إذا كان مكتوبا، وكذا في القاموس، فحينئذ يكون استقامة ما في الكتاب بأن يكتب شريح إليهم كتابا ينقل رسوله ما فيه إلى القوم (قوله أجمع ما كانوا: أى يجتمعين الخ) أقول: فيه بحث، بل المعنى ما ذكرنا (قوله فيمن كان تابيا أو مصرا) أقول: وقع في بعض النسخ لفظ الإقرار بدل لفظ الإصرار، والصحيح الإصرار.

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

(قال : إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بهاسقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضى لا يقضى

واعلم أنه قد قيل إن المسئلة على ثلاثة أوجه : إن رجع على سبيل الإصرار مثل أن يقول لهم شهدنا في هذه بالزور ولا أرجع عن مثل ذلك فإنه يميز بالضرب بالاتفاق ، وإن رجع على سبيل التوبة لا يميز اتفاقاً ، وإن كان لا يعرف حاله فعلى الاختلاف المذكور . وقيل لاختلاف بينهم . فجواب أبي حنيفة رحمه الله في التائب لأن المقصود من التعزير الانزجار وقد انزجر بداعى الله تعالى . وجوابهما فيمن لم يتب ولا يخالف فيه أبو حنيفة . والتسخيم بالجر عطفاً على قوله بدلالة التبليغ : يقال سخم وجهه ، إذا سوده من السخام وهو سواد القدر ، وقد جاء بالخاء المهملة من الأصم وهو الأسود . وفي المفتي : ولا يسخم وجهه بالخاء والخاء .

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

لما كان هذا لإيجاب رفع الشهادة وما تقدم لإيجاب إثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذلك للموازاة بينهما ، وإلا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسأله ليكون كتاباً كاملاً لذلك ولتحقيقه بعد الشهادة ، إذ لا رفع إلا بعد الوجود تناسب أن يجعل تعليمه بعده ، كما أن وجوده بعده وخصوص مناسبتة لشهادة الزور هو أن الرجوع لا يكون غالباً إلا لتقصيرها عمداً أو خطأ (قوله إذا رجع الشهود عن الشهادة سقطت) عن الاعتبار فلا يقضى بها لأن كلامهم تناقض حيث قالوا نشهد بكذا لا نشهد به ولا يقضى بالمتناقض ، ولأنه أى كلامه الذى ناقض به وهو المتأخر في احتماله الصديق كالأول ، فليس القضاء بأحدهما يعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما . قالوا : ويميز الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ، ولا يخلو عن نظر لأن الرجوع ظاهر في أنه توبة عن الزور إن عمله ، أو التهور والعجلة إن كان أخطأ فيه ، ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

تناسب هذا الكتاب لكتاب الشهادات ، وتأخير عن فصل شهادة الزور ظاهر ، إذ الرجوع عنها يقضى سبق وجودها وهو ما يعلم به كونها زوراً وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة لأن فيه خلاصاً من عقاب الكبيرة ، فإذا رجع الشهود عن شهادتهم بأن قالوا في مجلس الحكم رجعت عما شهدنا به أو شهدنا بزور فيما شهدنا ، فلما أن يكون قبل الحكم بها أو بعده ، فإن كان الأول سقطت الشهادة عن إثبات الحق بها على الغريم لأن الحق إنما يثبت بقضاء القاضى ، ولا قضاء هاهنا لأن القاضى لا يقضى بكلام متناقض ، ولا ضمان عليهما لأن الضمان بالاتلاف ، ولا

(كتاب الرجوع عن الشهادة)

بكلام متناقض ، ولا ضمان عليهما لأتلفا شيئا لاعلى المدعى ولا على المشهود عليه (فإن حكم بشهادتهم لم رجعوا لم يفسخ الحكم) لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولأنه في الدلالة على الصديق مثل الأول ، وقد ترجع الأول باتصال القضاء به (وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم) لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان ، والتناقض لا يمنع صحة الإقرار ، وسبقه من بعد إن شاء الله تعالى (ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم)

حد مقدر (قوله ولا ضمان عليهم) لأنهم لم يتلفوا شيئا على المشهود له أو عليه (قوله فإن حكم النخ) إذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم ، وإن رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الثاني ليس أولى من كلامهم الأول ، ولا الأول أولى من الثاني فتمارضا ، ولا ترجيح قبل الحكم لأحد الكلامين فلا يحكم بأحدهما ، ويعد ترجيح الأول لاتصال القضاء به لأنه موكد لحكمه وقع في حال لامعارض له فيه فلا ينقض الأقوى بالأدنى ، لكن عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم ، وإنما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم : أثنى اتصال القضاء الذى لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بأنه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين بأن تسببهم في ذلك الإلتلاف كان تعديا لأنه وقع على خلاف الحق ، والتسبب في الإلتلاف تعديا سبب للضمان . وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول : ينظر إلى حال الشهود ، إن كان حالم عند الرجوع أفضل من حالم وقت الأداء في العلة صرح رجوعهم في حق أنفسهم ، وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه ، وإن كانوا عند الرجوع كحالم عند الأداء أو دونه يعزرون ، ولا ينقض القضاء ، ولا يجب الضمان على الشاهد . وهذا قول أستاذنا حماد بن سليمان . ثم رجع إلى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال ، فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضى عليه لما قلنا وهو قولهما (قوله ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم) سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره ، وزاد جماعة

إلتلاف هاهنا ، لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعى ولا على المدعى عليه . أما على المدعى عليه فظاهر ، وأما على المدعى فلأن الشهادة إن كانت حقا في الواقع ورجعوا عنها صاروا كاتمين للشهادة ولا ضمان على من يكتمها ، وإن كان الثاني لم يفسخ الحكم لأن الكلام الثاني يناقض الأول ، والكلام المناقض ساقط العبارة عقلا وشرعا فلا ينقض به حكم الحاكم لئلا يؤدي إلى التسلسل ، وذلك لأنه لو كان معتبرا لحاز أن يرجع عن رجوعه مرة بعد أخرى ، وليس لبعض على غيره ترجيح فيتسلسل الحكم وفسخه وذلك خارج عن موضوعات الشرع ، ولأن الكلام الآخر في الدلالة على الصديق كالأول ، وكل ما كان كذلك سواء واحتج فيه إلى الرجوع ، وقد ترجع الأول باتصال القضاء به فلا ينقض به ، وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان ، فحضان القاضي وإن كان حلة التلطف لكنه كالمجلب من جهتهم ، فكان التسبب منهم تعديا فيضاف الحكم إليهم كما في حفر البثر على قارة الطريق . فإن قيل : كلامهم متناقض وذلك ساقط العبارة فعلا للضمان ؟ أجاب بقوله والتناقض لا يمنع صحة الإقرار ووعده بتقريره من بعد ، واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين بذكره في الفصل المقدم . قال (ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم النخ) الرجوع عن الشهادة لا يصح إلا بحضرة حاكم سواء كان هو الأول أو لا

(قوله وأما على المدعى النخ) أقول : ظاهره لا يوافق المصنف : فلا ينقض الحكم بالتناقض (أقول : لعل للتناقض بمعنى المناقض لكونه ساقط العبارة عقلا وشرعا كما سبرح به أتفا (قوله لئلا يؤدي إلى التسلسل النخ) أقول : كلام قليل الجدى مع القلة منه (قوله كالمجلب من جهتهم) أقول : أى من جهة الشهود (قوله واكتفى عن ذكر التعزير في الفصلين) أقول : أى في فصل الرجوع قبل

لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضى أى قاض كان ، ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجنابة ، فالسرّ بالسّر والإعلان بالإعلان . وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضى ، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد بينهما بالإحلفان ، وكذا لا تقبل بينته عايرهما لأنه ادعى رجوعا باطلا . حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل لأن السبب صحيح .

في صحة الرجوع أن يحكم القاضى برجوعهما ويضمنهما المال ، وإليه أشار المصنف حيث قال (وإذا لم يصح في غير مجلس القاضى ، فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد بينهما) أنهما لم يرجعا (بالإحلفان وكذا) لو أقام بينة على هذه الرجوع (لا تقبل لأنه ادعى رجوعا باطلا) وإقامة البينة وإلزام العيّن لا تقبل إلا على دعوى صحيحة . ثم قال (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل) فهذا ظاهر في تقييد صحة الرجوع بذلك ، ونقل هذا عن شيخ الإسلام . واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع ، وبالضمان ، وترك بعض المتأخرين من مصنفى الفتاوى هذا القيد ، وذكر أنه إنما تركه تمويلا على هذا الاستبعاد ، ويتفرّع على اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبإلتزام المال لا يلزمه شيء ،

لأنه فسخ للشهادة وهو مختص بمجلس الحكم فالرجوع مختص به ، وهذا الدليل لا يمت إلا إذا ثبت أن فسخ الشهادة يختص بما تختص به الشهادة وهو ممنوع ، فإن الرجوع لإقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الإلتلاف بالشهادة الكاذبة ، والإقرار بذلك لا يختص بمجلس الحكم . والجواب أن الاستحقاق لا يرتفع مادامت الحاجة باقية فلا بد من رفعها ، والرجوع في غير مجلس الحكم ليس يرفع الحاجة لأن الشهادة في غير مجلسه ليست بحجة كما مر ، والإقرار بالضمان مرتب على ارتداعها أو ثبت في ضمنه فكان من توابعه . لا يقال : البينة ليست بحجة في غير مجلس الحكم ابتداء لا بقاء ، ويموز أن لا يكون البقاء مشروطا بشرط ابتداء لكونه أسهل منه . لأننا نقول : مجلس الحكم محلها في الابتداء وما يرجع إلى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالحرمية في النكاح ووجود المبيع في البيع فإنه شرط لصحته وصحة الفسخ (ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجنابة فالسرّ بالسّر والإعلان بالإعلان) وشهادة الزور جنابة في مجلس الحكم فالتوبة عنها تنقيد به (وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضى فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما) وأقام على ذلك بينة أو عجز عنها وأراد أن يحلف الشاهدين (لم يقبل القاضى بينة عليهما ولا يحلفهما) لأن البينة والعين يترتيبان على دعوى صحيحة ، ودعوى الرجوع في غير مجلس الحكم باطلة (حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضى كذا وضمنه المال تقبل) بينته (لأن السبب صحيح) والضمير المستكن في ضمنه يجوز أن يكون للقاضى ، ومعناه حكم عليه بالضمان لكنه لم يعط شيئا إلى الآن ، ويموز أن يكون للدعى ومعناه طلب من القاضى تضمينه ، والألف واللام في قوله لأن السبب بدل من المضاف إليه وهو قول البينة : أى لأن سبب قول البينة صحيح وهو دعوى الرجوع في مجلس الحكم ، وقيل هو الضمان ، ومعناه لأن سبب الضمان صحيح وهو الرجوع عند الحكم ، وليس بصحيح لأن الدعوى حينئذ ليست مطابقة للدليل فإنها قبول البينة لا وجوب

الحكم بها وبهذه (قوله وهو مسلم فإن الرجوع لإقرار البينة) أقول : ويموز تقريره معاودة (قوله والجواب أن الاستحقاق الخ) أقول : انظر في هذا الجواب (قوله ولأن الرجوع توبة) أقول : عطف على قوله لأنه فسخ للشهادة (قوله ومعناه حكم عليه) أقول : فعل الأول مطول على رجع وعلى الثاني على قوله أقام البينة (قوله لا تأنى الضمان الخ) أقول : وفي غاية البيان لأن سبب التضمين وهو الرجوع عند القاضي (قوله فإنها تقبل البينة) أقول : فيه بحث لأن المتن حينئذ تقبل الشهادة لأن الدعوى : أعنى دعوى الرجوع صحيحة لمصلحة الرجوع الذى هو سبب الضمان فليتأمل

(وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمننا المال للمشهود عليه) لأن التسيب على وجه التعدي

ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ، ولو أقر في مجلس قاض أنه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعا عند هذا القاضي لا الذي أسند رجوعه إليه ، ولو رجعا عند القاضي ثم جحد تقبل البيئة عليهما ويقضى بالضمان عليهما . ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم في صحة الرجوع وجهين : أولهما أن الرجوع فسخ للشهادة ، فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها ، وعلى الملازمة منع ظاهر مع إبداء الفرق بأن اشتراط المجلس ليتصور الأداء عنده بالضرورة ، بخلاف الرجوع لأن حاصله الإقرار على نفسه بتحقيق سبب الضمان منه ، والإقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء . وأجاب في النهاية بأن ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع فإنه شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسخه ، وهذا أيضا مما يحتاج إلى إثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك في فسخ البيع إنما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد ، والتراد يتوقف على قيامه ، بخلاف حكم الرجوع فإنه الضمان ، ويمكن إثباته مع ثبوته دون المجلس . ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط لابتدائه حضور رأس المال دون فسخه . وأجاب بمثل ما ذكرنا من أن ذلك لأمر يخص الابتداء لا يوجد في البقاء وهو كى لا يلزم الافتراق عن الكلى بالكلى ، وذلك غير لازم في فسخه فلذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتدائه ، وهذا نحو ما ذكرنا من أن شرط المجلس ابتداء يتصور الأداء بخلاف الفسخ . ثم تمهيد الجواب بأن ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع . نعم الرفع يرد على حالة بقاء أثر الشهادة وهو الحكم بها ، ولو تسهنا إلى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ، ولو أرغينا العنان في الآخر فلانما يكون المشروط للبقاء المجلس الأول الذى كان شرطا للأداء ، والمجلس المشروط هنا مجلس آخر . وذكر بعضهم في وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص بموضع الشهادة ، ومنع الملازمة فيه ظاهر فينته بأن السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل . ولا يخفى أن اتحاد المحل إنما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لاشتراط لكل من المتضادين في نفسه ، كما أن المجلس شرط لكل من الشهادة ونقضها . والوجه الثاني أن الرجوع توبة عن ذنب الكل وبكان ذلك الذنب في مجلس القضاء فنخص التوبة عنه بمجلسه ، ولا شك أن ذلك أيضا غير لازم فيه فينبوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضى الله تعالى عنه حين بعث النبي صلى الله عليه وسلم إلى أهل اليمن فقال أوصنى ، فقال : (عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت ، إلى أن قال : وإذا علمت شرا فأحدث توبة بالسر والعلانية بالعلانية ، وأنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الإعلان في محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل في مثله ما فيه علانية وهو إذا أظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبيئة عليه كيف لا يكون معلنا (قوله وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمننا المال للمشهود عليه) وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعى في الجديد لاضمان عليهما لأنهما مسيين ولا

الضمان فتأمل (وإذا شهد شاهدان بمال فحكم به الحاكم ثم رجعا ضمننا المال للمشهود عليه) هذه المسئلة قد علمت من قوله وعليهم ضمان ما ألتفوه بشهادتهم ، إلا أنه ذكرها لبيان خلاف الشافعى ولما يأتي من رجوع بعض الشهود دون بعض . قال الشافعى : لا ضمان عليهما لأنها تسببا في الإلتلاف ، ولا يعتبر به عند وجود المباشر . وقلنا ويجب عليهما الضمان لأنها تسببا في الإلتلاف على وجه التعدي وذلك يوجب الضمان لإذ لم يمكن إضافته إلى المباشر ،

سبب الضمان كحافز البئر وقد سببا للإتلاف تعديا . وقال الشافعي رحمه الله : لا يضمنان لأنه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة . قلنا : تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالمجل إلى القضاء ، وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده وتعلل استيفائه من المدعى لأن الحكم ماض فاعتبر التسبب ، وإنما يضمنان

عبرة بالتسبب ، وإن كان تعديا مع وجود المباشرة . قلنا : المباشر القاضي والمدعى ، ولا ضمان على القاضي اتفاقا لأنه كالمجل إلى مباشرة القضاء الذي به الإتلاف من جهة الشرع باقتراضه عليه بعد ظهور العدالة ، وإذا ألغاه الشرع لا يضمنه ، ولأنه يوجب عدم قبول القضاء من أحد . وأما المدعى فلائنه أخذ بحق ظاهر ماض لأن خبر الرجوع ليس أول من الأول لينقض الحكم ، وإذا لم ينقض لا يمكن جبره على إعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعا . وإذا تعذر الإيجاب على المباشر تعين على المتعلل بالتسبب كحافز البئر في الطريق . واعلم أن الشافعية اختلفوا في هذه المسئلة . والصحيح عند الإمام والعراقيين وغيرهم أن الشهود يضمنون كذهبتنا ، والقول الآخر لا ينقض . ولا يريد المال من المدعى ولا يضمن الشهود وهو عين قول أبي حنيفة الأول إذا كان حالهما وقت الرجوع مثله عند الأداء . وقد نقض عليه أيضا بإيجاب القصاص على الشهود إذا رجعا بعد قتل المشهود عليه مع وجود المباشر وهو الولي المتقصد والقاضي . وأجيب عنه بأن ذلك لدليل خاص وهو قول علي رضي الله تعالى عنه لشاهدي السرقة بعد ما قطع ورجعا وأجاءوا بآخر وقالوا هذا الذي سرق : لو علمت أنكما تعديتما لقطعتهما أيديكما ، أخرجه

وها هنا كذلك لأن المباشر هو القاضي ، وإضافة الضمان إليه متعذرة لأنه كالمجل إلى القضاء بشهادتهم لأنه بالتأخير يفسق وليس بمجل حقيقة لأن الملبأ حقيقة من خاف على نفسه العقوبة في الدنيا والقاضي ليس كذلك ، ولأن في إيجابه عليه صرف الناس عن تقلد القضاء ، وذلك ضرر عام فيتمحل الضرر الخاص لأجله ، وتعدى استيفاءه من المدعى أيضا لأن الحكم ماض لما تقدم فاعتبر السبب . فإن قيل : ما بال كل منكم ومن الشافعي ترك أصله المجهود في الشهادة بالقتل ثم الرجوع ، فإنه إذا شهد شاهدان على أنه قتل عدما فاقص منه ثم رجعا فالدية عليهما في مالهما عندهم ، وما جعلتم كالمباشر حتى يجب القصاص . وعند الشافعي يجب عليهما القصاص ، فجعل المسبب كالمباشر . قلنا : فعل المباشر الاختياري قطع الذبية أو صدار شبهة كما سيجيء ، والشافعي جعله مباشرا بما ورد عن علي رضي الله عنه في شاهدي السرقة إذا رجعا : لو علمت أنكما تعديتما لقطعتهما أيديكما . والجواب أنه كان على سبيل التهديد لما ثبت من مذهبه رضي الله عنه أن اليدين لا يقطعان بيد واحدة ، وجاز أن يهدد الإمام بما لا يصدق كما قال عمر رضي الله عنه : ولو تعلمت في المتعة لرجمت ، والمتعة لا تلوجب الرجم بالاتفاق ، وإنما يضمنان : يعني أن الضمان إنما يجب على الشاهدين إذا قبض المدعى ما قضى به به دينا كان أو عينا ، وهو اختيار شمس الأئمة ، لأن الضمان بالإتلاف والإتلاف يتحقق بالقبض ، وفي ذلك لافاوت بين العين والدين ، ولأن مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين . وبيان ذلك أنها إذا أُرْمِيَتْ ما دينا بشهادتهما ، فلو ضمتا قبل الأداء إلى المدعى كان قد استوفى منهما عينا بمقابلة دين أوجبا ولا مماثلة بينهما . وقرئ شيخ الإسلام بين

(قوله فيتمحل الضرر الخاص) أقول : لعله يريد به تعيين الشهود (قوله في الشهادة) أقول : متعلق بقوله ترك (قوله كما سيجيء) أقول : أي في هذا الكتاب أيضا في الدرس الثالث (قوله والجواب أنه الخ) أقول : هذا جواب من دليل الشافعي (قوله قد استوفى) أقول : المقصود عليه (قوله ولا مماثلة بينهما) أقول : إذ العين خير من الدين .

إذا قبض المدعى المال دينا كان أو عينا ، لأن الإلتلاف به يتحقق ، ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإزام الدين . قال (فإن رجع أحدهما ضمن النصف)

الشافعي وقال : بهذا القول تقول . فإن نوقض بأنه لا يرى تقليد الصحابي أمكن الجواب عنه بأني إنما قلت به لما ظهر من مناه من أن أمر الدم أشد من أمر المال . قلنا : الأشدية لا يتوقف ثبوتها على ثبوت الضمان في أحكام الدنيا لجوازه باعتبار أمر الآخرة ، ثم متى يقضى بالضمان على الشاهد ؟ قال المصنف (إذا قبض المدعى المال دينا كان أو عينا) لأن هذا ضمان إلتلاف والإلتلاف على المدعى عليه إنما يتحقق بأخذه منه ، وهذا اختيار شمس الأئمة . وقرئ شيخ الإسلام بين كون المشهود به عينا فيضمنان قبل قبض المدعى إياها بعد القضاء له بها أو دينا فلا فيضمنان حتى يقبضه المدعى . وجه الفرق أن ضمانهما ضمان إلتلاف ، وضمان الإلتلاف مقيد بالمائلة ، فإذا كان المشهود به عينا فالشاهدان وإن أزالاه عن ملك المشهود عليه بشهادتهما عند اتصال القضاء بها حتى لا ينفذ تصرفه فيه ، فلو أزالنا قيمته عن ملكهما بأخذ الضمان منهما لا تنقضي المائلة ، أما إذا كان المشهود به دينا فالشاهدان أوجبا عليه دينا بغير حق ، فلو استوفى الضمان منهما قبل أن يستوفى المشهود له من المشهود عليه انتفت المائلة لأن المستوفى منهما عين في مقابلة دين أوجباه ، وشمس الأئمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين : إن الملك وإن ثبت فيه للمدعى بمجرد القضاء لكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل ، لأن المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيئا ما لم يخرج من يده . قال البرزازی رحمه الله في فتاواه : والذي عليه القدرى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعى المال أو لا ، وكذا القدرى يضمن بعد الرجوع إن اتصل القضاء بالشهادة .

العين والدين فقال : إن كان المشهود به عينا فلم يشهدوا عليه أن يضمن الشاهد بعد الرجوع وإن لم يقبضها المدعى ، وإن كان دينا فليس له ذلك حتى يقبضه ، وذلك لأنه ضمان الإلتلاف وضمان الإلتلاف مقيد بالملك ، وإذا كان المشهود به عينا فالشاهدان بشهادتهما أزالاه عن ملكه إذا اتصل القضاء بها ، ولهذا لا ينفذ فيه تصرف المشهود عليه بعد ذلك ، فيلزاة العين عن ملكهما بأخذ الضمان لا تنقضي المائلة ، وإذا كان دينا فبإزالة العين عن ملكهما قبل القبض تنتفي المائلة كما ذكرنا . والجواب أن الملك وإن ثبت للمقضى له ، بالقضاء ولكن المقضى عليه يزعم أن ذلك باطل لأن المال في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضى . قال (وإذا رجع أحدهما ضمن النصف الخ) المعبر في باب الرجوع عن الشهادة بقائه من بقى لأن وجوب الحق في الحقيقة بشهادة الشاهدين وما زاد فهو فضل في حق القضاء ، لأن الشهود إذا كانوا أكثر من الاثنين يضاف القضاء وجوب الحق إلى الكل لاستواء حقوقهم . وإذا رجع واحد زال الاستواء وظهر لإضافة القضاء إلى المتبقي وعلى هذا إذا شهد اثنان فراجع أحدهما ضمن النصف لأنه بقى بشهادة من بقى نصف الحق . قبل لا نسلم ذلك ، فإن الباقي فرد لا يصلح لإثبات شيء ابتداء فكذلك بقاء . وأجيب بأن البقاء أسهل من الابتداء فيجوز أن يصلح في البقاء

(قوله فيلزاة العين عن ملكهما الخ) أقول : التفسير في قوله ملكهما في موضعين راجع إلى الشاهدين في قوله فالشاهدان بشهادتهما أزالاه الخ (قوله لأن وجوب الحق الخ) أقول : لا يخفى عليك قصور هذا الدليل من إثبات الدعي لأخصامه بما بقى بمرجع من رجع نصاب الشهادة . والاولى أن يبين بوجه يمسر الصور كلها ثم يفرع عليه المسائل (قوله وحل هذا إذا شهد الخ) أقول : ينبغي أن يكون تقريرا على الأصل الذي ذكره المصنف لامل ما أقامه من الدليل لظهور عدم تعرضه عليه فليقبل (قوله فكذلك بقاء) أقول : ينبغي أن يضمن الرجوع كل الحق لانتفاء

والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجوع من رجع وقد بقي من بقي بشهادته نصف الحق (وإن شهدا بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق ، وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة ، والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يتمتع) فإن رجع الآخر

[فروع] شهدا أنه أجله إلى سنة ثم رجعا ضمناء حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ، ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة . ولو شهدا أنه أبرأه أو وهبه أو تصدق به عليه ثم رجعا ضمنا . ولو شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لأنه كالعوض ، وإن لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع . شهدا أنه باع عبده بجمسمائة إلى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا بخير البائع بين رجوعه على المشتري إلى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الجمسمائة ، فإن ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالتمن إذا حل الأجل لأتبعهما قاما مقام البائع بالضمان وطالب لهما قدر مائة وتصديقا بالفضل (قوله والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لارجوع من رجع) وهذا لأن الشهادة إنما تثبت المال والرجوع إنما يوجب الضمان لأنه إلتلاف له ، فإذا بقي بعد رجوع من رجع من يستقل بإثبات المال بقي المال ثابتا فلم يتحقق بالرجوع إلتلاف شيء ، ومن المحال أن يضمن مع عدم إلتلاف شيء . وأما ما أورد من أنه ينبغي إذا رجع واحد من الاثنين أن لا يبق شيء من المال لأن الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلا فيقتضي أن يضمن الواحد الرجوع كل المال وهو مصادم للإجماع على نفيه ، وإنما كان الإجماع على نفيه لأن عدم ثبوت شيء بشهادة الواحد إنما هو في الابتداء ، ولا يلزم في حال البقاء ما يلزم في الابتداء ، وحينئذ فبعد ما ثبت ابتداء شيء بشهادة اثنين نسب إلى كل منهما في حال البقاء ثبتت حصته منه بشهادته فتبقى هذه الحصاة مابقي على شهادته ويكون متلفا لما يرجوعه . إذا عرف هذا فإذا رجع أحد الاثنين لزمه ضمان النصف لأنه أتلفه برجوعه (وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقي الحق من غير إلتلاف شيء منه ببقاء الشاهدين والاستحقاق باق بالحجة (والمتلف متى استحق سقط الضمان) كما إذا أتلف مال زيد فقضى بضمانه عليه فظهر أن مستحقه عمرو فإنه يأخذ ويسقط الضمان لزيد (فأولى أن يتمتع الضمان) وما نحن فيه من هذا فإن بالرجوع أتلف على المشهود له حصته التي أثبتها له بشهادته له وصارت مستحقة للمشهود عليه ، وبقاء من بقي كل الحق به ظهر استحقاق المشهود له لتلك الحصاة دون المشهود عليه فيدفع الضمان للمشهود عليه (فإن رجع آخر) من الثلاثة

للإثبات مالا يصاحب في الابتداء لذلك ، كما في النصاب فإن بعضه لا يصلح في الابتداء لإثبات الوجوب ويصلح في البقاء بقدره (وإذا شهد ثلاثة فرجع واحد فلا ضمان عليه) لأنه بقي من بقي بشهادته كل الحق (لأن استحقاق المدعى للمشهود به باق بالحجة) التامة ، واستحقاق المتلف يسقط الضمان فيما إذا أتلف إنسان مال زيد فتقضى القاضي له على المتلف بالضمان ثم استحق المتلف عمرو وأخذ الضمان من المتلف سقط الضمان الثابت لزيد بقضاء القاضي على المتلف فلائذ ينتميه بطريق الأولى لأن اللغو أسهل من الرفع (فإن رجع الآخر

(قوله إذا أتلف إنسان مال زيد فقضى للقاضي له) أقول : التفسير في قوله له راجع إلى زيد (قوله سقط الضمان الغ) أقول : مع أن الإلتلاف ليس بظاهر فإنا نحن فيه لبقاء استحقاق المدعى عليه بحجة بل إنما هو بحسب زعم قرايج فقط (قوله فلائذ ينتميه الغ) أقول : التفسير في قوله ينتميه راجع إلى الضمان في قوله واستحقاق المتلف يسقط الضمان الغ .

ضمن الراجعان نصف المال) لأن بقاء أحدهم يبقى نصف الحق (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمن ربع الحق) لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي (وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق) لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق (وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعت ثمان فلا ضمان عليهن) لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق (فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق) لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع (وإن رجعت الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة

ضمن الراجعان نصف المال لأن بقاء الثالث يبقى نصف المال) فلو قال الراجع الأول كيف أضمن برجوع الثاني ما لم يلزم من ضمانه برجوع نفسه وقت رجوعه لا يقبل هذا، كما لا يقبل قول أحدهما لو رجعت الثلاثة لا يلزم من شيء لأن غيري يثبت به كل الحق فرجوع غيري موجب عليه لا على". حقيقة الوجه أن تلف النصف وإن كان مما يستقل به رجوع واحد إذا فرض تحققه مع رجوع جماعة فخاصصوا الضمان لأنه ليس أحدهما أولى به من الآخر (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت إحداهما ضمن ربع المال لبقاء ثلاثة أرباعه ببقاء من بقي، وإن رجعتا ضمنتا نصفه لأن بشهادة الرجل يبقى نصف الحق، وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعت ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى ضمن) التسع (ربع الحق لبقاء النصف بشهادة الرجل) الباقى (والربع بشهادة الباقية) (وإن رجعت الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة

ضمن الراجعان نصف الحق) قيل يجب أن لا يجب الضمان على الراجع الأول أصلاً لأن المعتبر بقاء من بقي، وبعد رجوع الأول كان نصاب الشهادة باقياً فإذا رجع الثاني فهو الذي أثلّف نصف الحق فيقتصر الضمان عليه. وأجيب بأن الضمان على الأول ثابت بطريق التبيين أو الانقلاب، وذلك لأن الاستحقاق كان بشهادتهم جميعاً، ثم إذا رجع الأول ظهر كذبه واحتمل كذب غيره، فإذا رجع الثاني تبين أن الإلتلاف من الابتداء كان بشهادتهما، أو لأن القضاء كان بالشهادة وهي موجودة منهما في حالة واحدة، فعند رجوع الأول وجد الإلتلاف، ولكن المانع وهو بقاء النصاب منع لإيجاب الضمان عليه، فإذا رجع الثاني ارتفع المانع وجب الضمان بالمتنص (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمن ربع الحق لبقاء ثلاثة أرباع بقاء من بقي وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق) لأن نصف الحق باقٍ لشهادة الرجل (وإذا شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعت ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق، فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل والنساء جميعاً فعلى الرجل سدس الحق وعلى النساء خمسة أسداسه عند

(قوله ثم إذا رجع الأول بلغ) أقول: أظهر أن يقال: إذا رجع الأول لم يظهر الإلتلاف فضلاً عن إلتلافه لبقاء استحقاق اللص به بالحيلة الطاعة. فإذا رجع الثاني أيضاً تبين سببه الأول في الإلتلاف أيضاً لعدم الأولوية ظناً. ثم ذكره هنا ليعلم من نوع غشائه لما أسلفه أنفاساً أنه إذا رجع واحد من الثلاثة زال الاستحالة وظهر إضافة القضاء إلى الحق. والجواب أن ذلك فيما إذا استمر اللص على شهادتهما وهذا ليس كذلك (قوله ثابت بطريق التبيين) أقول: التبيين إنما يكون فحسب منياً ببقاءه ينتظر الوصول إليها، فإن وصل حكم بشيئها وإلا فلا، وكذا فعلاً (الكتاب قبيل باب الشهادة على الزنا) قوله واحتمل كذب غيره (بلغ) أقول: احتمالاً أكثر من الاحتمال الثابت قبله، لكن فائدة هذا الكلام غير ظاهرة (قوله كان بشهادتهما) أقول لاستواء حالهما (قوله فعند رجوع الأول وجد الإلتلاف) أقول: لم يعلم وجوده بل علم قصده الإلتلاف كما لا يخفى وفيه بحث. ويمكن أن يقال: نزل المراد وجد الإلتلاف للزعم، ثم المراد مؤاخذه بزعمه وإقراره، فكان ينبغي أن يفسر ولكن المانع وهو بقاء اللص، فكذلك ينبغي أن يفهم الكلام والعلم عنه التغيير للعلم (قوله وإذا رجع الثاني ارتفع المانع) أقول: كثر الخلف في المسح ومضى

أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف) لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل واحد . ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد ، قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن وعدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا (وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) لما قلنا (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لأن الواحدة ليست بشاهدة بل هي

أسداسه عند أبي حنيفة . وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام الرجل . ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل . قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن وعدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل « روى البخارى من حديث الخدرى رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال « يا معشر النساء تصدقن وأكثرن الاستغفار فإني رأيتكن أكثر أهل النار » فقالت امرأة منهن : يا رسول الله مالنا أكثر أهل النار ؟ قال : تكثرن اللعن وتكفرن العشير ، ما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لدى لب منكن ، قالت : يا رسول الله وما نقصان العقل والدين ؟ فقال : أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل فهذا نقصان العقل ، وتمتلك اللبالي لا تصلى وتفطر في رمضان فهذا نقصان الدين » (فصار كما لو شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا ، وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين) بمعنى الاتفاق على اختلاف التخييج . فعندهما لأن الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده لبقاء من يثبت به النصف وهو الرجل ، كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست لإحداهن أولى بضمان النصف من الآخرين (ولو شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لأن الواحدة ليست بشاهدة بل بمض شاهد لأن المرأتين شاهد واحد فشهادة الواحدة شطر علة وشطر العلة لا يثبت به شيء فكان القضاء ليس إلا بشهادة الرجلين فلا تضمن المرأة عند رجوعها شيئا . ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة وجب ضمان نصف المال

أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما على الرجل النصف وعلى النساء النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا مع رجل واحد) فيتعين للقيام بنصف الحجة فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء . وإذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمنته عند الرجوع (ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد) بالنص (قال صلى الله عليه وسلم في نقصان عقلهن وعدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل واحد ، وإذا كانتا كرجل صار كأنه شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا) وفي وجه دلالة الحديث على ذلك نظر ، وإنما تم أن لو قال عدلت شهادة كل اثنتين منهن بشهادة رجل . والجواب أنه أطلق ولم يقيد بأن ذلك في الابتداء أو مكرراً فكان الإطلاق ككلمة كل (وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق عندهم جميعا لما قلنا) أن المعتبر هو بقاء من بقى ، فالرجل يبقى ببقائه نصف الحق (وإن شهد رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة) لأن المرأة الواحدة شطر العلة ، ولا يثبت به شيء من الحكم فكان القضاء مضافا إلى شهاد رجلين

الملة في المستحاضة (قوله إلا مع رجل فيعين النكح) أقول : يبنى ويتعين رجل للقيام (قوله قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن) أقول : لفظ « في » في قوله عليه الصلاة والسلام « في نقصان » للجبية (قوله أن لو قال عدلت شهادة النكح) أقول : فلما لم يقل ذلك احتمل أن يكون البند لبيان أدنى مرتبة ما يكون فيه النساء كالرجال ، فإذا زدن عليه كان حكمه المذكور كما في عدة أيام أدنى سنة السفر والنبض (قوله فالرجل يبنى ببقائه) أقول : الضمير في قوله يبقائه راجع إلى الرجل .

بعض الشاهد فلا يضاف إليه الحكم . قال (وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما ، وكذلك إذا شهدا بأقل من مهر مثلها) لأن منافع البضع غير متقومة عند الإلتلاف لأن التضمين يستدعي المائلة على ما عرف ، وإنما تضمن وتقوم بالملك لأنها تصير متقومة ضرورة الملك لإبانة لخطر المحل

لبقاء من يبق بشهادته نصف المال أعني المراتين ، ثم هو على الرجل خاصة على قولها ثبوت النصف بشهادة الرجل والنصف بشهادة النساء . وينبغي في قياس قول أبي حنيفة أن النصف أثلاثا على الرجل والمرأة لأن القضاء هنا بشهادة الكل من الرجال والنساء على الشيوخ . ثم يقام كل امرأتين مقام رجل ، فثلاث نسوة مقام رجل ونصف ، فإن رجعا جميعا فعندهما أنصافا . وعنده أخاسا على النسوة ثلاثة أخاسا وعلى الرجل خسان (قوله وإن شهدا إلى آخره) إذا ادعى رجل على امرأة نكاحا بقدر مهر مثلها أو ادعاه بأقل بأن ادعاه بمائة ومهر مثلها ألف فشهد بذلك شاهدان فقتضى بمقتضى شهادتهما ثم رجعا لا يفسخ النكاح برجوعهما ولا يضمنان شيئا في صورتين كما ذكره المصنف . وذكر في المنظومة في صورة التقصان أنهما يضمنان ما نقص عن مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لأبي يوسف . قال في باب أبي يوسف : لو أتيتوا نكاحها فأوكسوا إن رجعا لم يضمنا ما بمسوا . ثم بينه في شرحه المسمى بالحصر وجعل الخلاف مبني على مسألة اختلاف الزوجين في قدر المهر . فإن عند أبي حنيفة ومحمد القول قولها إلى مهر مثلها فكان يقضى لها بألف لولا هذه الشهادة فقد أتفقا عليها تسع مائة . وعند أبي يوسف القول للزوج فلم يثقلوا على قوله عليها شيئا وتبعه صاحب الجمع . وما ذكره صاحب الهداية هو المعروف في المذهب وعليه صاحب النهاية . وغيره من الشارحين لم يقلوا سواه خلافا ولا رواية ، وهو المذكور في الأصول كالمبسوط وشرح الطحاوي والخيرية وغيرهم ، وإنما قلوا فيها خلاف الشافعي ، فلو كان لم شعور بهذا الخلاف الثابت في المذهب بين الأئمة الثلاثة لم يعرضوا عنه بالكلية ويشغلوا بنقل خلاف الشافعي . وذكرنا وجه بأن البضع متقوم لثبوت

دونها فلا تضمن عند الرجوع شيئا . قال (وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح الخ) وإن شهد على امرأة بالنكاح ثم رجعا فلا ضمان عليهما ، سواء كانت الشهادة بمقدار مهر مثلها أو بأقل من ذلك ، لأن المتلف هاهنا منافع البضع ومنافع البضع عندنا غير مضمونة بالإلتلاف لأن التضمين يقتضي المائلة بالنقص على ما عرف ، ولا مماثلة بين العين والمنفعة (قوله وإنما تتقوم) جواب عما يقال لو لم تكن المنافع متقومة لكانت بالملك كذلك لأن الخارج هو عين الداخل في الملك ، فن ضرورة التقوم في إحدى الحالتين تقوم في الأخرى لكنها متقومة عند الدخول بالاتفاق ، ووجه ذلك أنها إنما تضمن وتقوم بالملك لإبانة لخطر المحل لأنه محل خطير لحصول التسل به ، وهذا المعنى ليس بوجود في حالة الإزالة ، ألا ترى أنه مشروط عند التملك بما ليس بمشروط به عند الإزالة كالشهود والولي ، وموضعه أصول الفقه وقد ذكرنا ذلك في التقرير مستوفى بعون الله وتأييده . وكذلك إن شهدا على زوج بزواج امرأة بمقدار مهر مثلها لأنه إلتلاف يعرض لما ذكرنا أن البضع متقوم حال الدخول في الملك والإلتلاف يعرض

(قوله لأن التضمين يقتضي المائلة بالنقص) أقول : قال الله تعالى - فاصفوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - (قوله ووجه ذلك الخ) أقول : فاطر إلى ما تقدم يسطرن وهو قوله جواب عما يقال الخ (قوله لإبانة لخطر المحل) أقول : حتى يكون مسونا عن الابتلال ولا يكفينا ، فإن ما يكفينا الله مما لا يملك غيره عنه . ثم لا ينبغي عليك أن ذلك ليس بوجود في الإلتلاف ، فلاب هذا كان متقوما على المالك دون المتلف (قوله لأنه محل خطير) أقول : يعني من التفتون .

(وكذا إذا شهدا على رجل يزوج امرأة بمقدار مهر مثلها) لأنه إلتلاف بعوض لما أن البضع مضمون حال الدخول في الملك والإلتلاف بعوض كلا إلتلاف، وهذا لأن مبنى الضمان على المائلة ولا مماثلة بين الإلتلاف بعوض وبينه بغير عوض (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمننا الزيادة) لأنهما أنفقاها من غير عوض . قال (وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمننا) لأنه ليس بإلتلاف معنى .

تقومه حال الدخول ، فكذا في غيره لأنه في حال الخروج عين ذلك الذي ثبت تقومه . وأجابوا بمحاصل توجيه المصنف بأن تقومه حال الدخول ليس إلا لإظهار خطره حيث كان منه التسل المطلوب في الدنيا والآخرة وغير ذلك من النفع ، كما شرطت الشهادة على العقد عليه دون سائر العقود لذلك لا لاعتباره مقوماً في نفسه كالأعيان المالية لأنه لا يرد الملك على رقبته والمنافع لا تتقوم فلا تضمن لأن التضمنين يستدعي المائلة بالنص ولا مماثلة بين الأعيان التي تحرم وتتمول والأعراض التي تنصرف ولا تبقى . وفرغ في النهاية على الأصل المذكور خلافاً لغيره ، هي ما إذا شهدوا بالطلاق الثلاث ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لم يضمنوا عندنا ، وكذا إذا قتل رجل امرأة رجل لا يضمن القاتل لزوجها شيئاً ، وكذا إذا ارتدت المرأة لأشياء عليها لزوجها . وعنده عليها وعلى القاتل للزوج مهر المثل . وأورد على قولنا نقض أنهم أوجبوا الضمان بإلتلاف منافع البضع حقيقة فيما إذا أكره مجنون امرأة فزني بها يجب في ماله مهر المثل فكذا يجب في الإلتلاف الحكمي . وأجاب نقلاً عن الذخيرة بأنه في الإلتلاف الحقيقي بالشرع على خلاف القياس ، والحكمي دونه فلا يكون الوارد فيه وارداً في الحكمي ، ونظيره ما في شرح الطحاوي : لو ادعى أنه استأجر الدار من هذا شهراً بعشرة وأجرة مثلها مائة والمؤجر ينكر فشهدا بذلك ثم رجعا لاضمان عليهما لأنهما أنفقا المنفعة ومتلف المنفعة لاضمان عليه (قوله وكذا لاضمان عليهما إذا شهدا على رجل يزوج امرأة بمهر مثلها) بأن ادعت امرأة عليه بذلك فشهدا ثم رجعا لا يفسخ النكاح على كل حال بعد ما قضى به ، ولا يضمنان ما أنفقا عليه من مهر المثل لأنهما عوضا ملك البضع وهو مقوم حين ورود العقد عليه ، والإلتلاف بعوض كلا إلتلاف ، وإنما كان كذلك لأن مبنى الضمان على المائلة كما ذكرنا ، ولا مماثلة بين الإلتلاف بعوض وهو الثابت في حق الزوج ، والإلتلاف بلا عوض وهو الذي يحكم به على الشاهدين (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمننا الزيادة) على مهر المثل (لأنهما أنفقاها بلا عوض) وهي من الأعيان التي تقع المائلة بالتضمنين فيها (قوله وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة أو أكثر) بأن ادعى ذلك مدع فشهدا له به (ثم رجعا لم يضمننا لأنه ليس بإلتلاف معنى

كلا إلتلاف ، كما لو شهدا بشاره شيء بمثل قيمته ثم رجعا لا يضمنان (قوله وهذا لأن مبنى الضمان) معناه أن الإلتلاف بغير عوض مضمون بالنص والإلتلاف بعوض ليس في معناه لعدم المائلة بينهما فلا يلتحق به بطريق الدلالة (وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمننا الزيادة) لأنهما أنفقاها من غير عوض (وهو يوجب الضمان . قال (وإن شهدا ببيع شيء بمثل القيمة الخ) شهدا بأنه باع عبده بألف درهم ثم رجعا ، فإن كان

(قوله معناه أن الإلتلاف بغير عوض الخ) أقول : أنت خير بأن ما أفاده الشرح بينه وبين المشرح ما بين القنب والثون من المنسبة، فإن معنى كلامه أننا لو ضمننا الشاهدين في المسودة المذكورة كان إلتلافهما باع بغير عوض وهما أنفقا مال الزوج بعوض هو البعش فتفوت المائلة التي هي مبنى الضمان فليتأمل ، فإنه لو كان المراد ما ذكره لقال المصنف لأن مبنى الإلتلاف للمائلة (قوله ثم رجعا ضمننا الزيادة) لأنهما أنفقاها (أقول : التمييز في قوله أنفقاها راجع إلى الزيادة .

نظرا إلى العوض (وإن كان بأقل من القيمة ضمنا نقصان) لأنهما أثلفا هذا الجزء بلا عوض . ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع ، لأن السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار إليه فيضاف التلف إليهم .

نظرا إلى العوض ، وإن شهدا به (بأقل من القيمة) ثم رجعا (ضمنا نقصان القيمة لأنهما أثلفا هذا القدر) عليه (بلا عوض) هنا إذا شهدا بالبائع ولم يشهدا بنقد الثمن ، فلو شهدا به بنقد الثمن ثم رجعا ، فلما أن ينظاما في شهادة واحدة بأن شهدا أنه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن أو في شهادتين بأن شهدا بالبائع فقط ثم شهدا بأن المشتري أوفاه الثمن ، ففي الأول يقضى عليهما بقيمة البيع لا بالثمن ، وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبائع . وجه الفرق أن في الأول المقضى به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء ، ولهذا قلنا : لو شهد اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة لا يقضى بالبائع لأنه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة ، فكذا هذا ، وإذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة ، بخلاف ما إذا كان شهادتين فإن الثمن يصير مقضيا به لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك ، وإذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما . ثم قال المصنف (ولا فرق بين كون البيع باتا أو فيه خيار البائع لأن السبب) يعنى البيع (هو السابق) حتى استحق المشتري المبيع بزواله وقد أزاله شهادتهما فيضاف الحكم إليه عند سقوط الخيار إليه (فانضاف التالف إلى الشهود) وهذا جواب عن

الألف قيمته أو أكثر لم يضمن شيئا لما مر أن الإلتلاف بعوض كلا إلتلاف ، وإن كان قيمته ألقين ضمنا للبائع أثلفا لأنهما أثلفا هذا الجزء الذى هو في مقابلة الألف من قيمته بلا عوض . ولا فرق بين أن يكون البيع باتا أو فيه خيار البائع بأن شهدا بأقل من القيمة كالصورة المذكورة وبأن البائع بالخيار ثلاثة أيام ففرض القاضي بذلك ومقتب المدة وتقرر البيع ثم رجعا فإنهما يضمنان فصل ما بين القيمة والثمن لإلتلافهما الزائد بغير عوض ، لأن البيع بالخيار وإن كان غير مزيل للملك والبائع كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فحيث لم يفعل كان راضيا به والرضا يسقط الضمان لكن حكمه مضاف إلى السبب السابق وهو البيع المشهود به ، ولهذا استحق المشتري بزواله ، والبائع لما كان منكرا لأصل البيع لم يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار ، إذ المالك يتحرر عن الانتساب إلى الكلب حسب طاقته ، فلو أوجب البيع في المدة لم يضمن شيئا لأنه أزال ملكه باختياره فلم يتحقق الإلتلاف

(قوله أوفيه خيار البائع بأن شهد الخ) أقول : قوله بأن شهدا نظرا إلى قوله أوفيه خيار البائع فتأمل (قال المصنف : وإن كان بأقل من القيمة ضمنا الخ) أقول : قالوا إن المصنف : هذا إذا شهدا بالبائع ولم يشهدا بنقد الثمن ، فلو شهدا به ويقتد الثمن ثم رجعا ، فلما أن ينظاما في شهادة واحدة بأن شهدا أنه باعه هذا بألف وأوفاه الثمن ، أو في شهادتين بأن شهدا بالبائع فقط ثم شهدا بأن المشتري أوفاه الثمن ، ففي الأول يقضى عليهما بقيمة المبيع لا بالثمن ، وفي الثاني يقضى عليهما بالثمن للبائع . وجه الفرق أن في الأول المقضى به البيع دون الثمن لأنه لا يمكن القضاء بإيجاب الثمن لاقترانه بما يوجب سقوطه وهو القضاء بالإيفاء ، ولهذا قلنا : لو شهد اثنان على رجل أنه باع من هذا عبده وأقاله بشهادة واحدة فلا يقضى بالبائع لأنه قارن القضاء به ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالإقالة فكذا هذا ، وإذا كان المقضى به البيع فقط وزال المبيع بلا عوض فيضمنان القيمة ، بخلاف ما إذا كان شهادتين فإن الثمن يصير مقضيا به لأن القضاء بالثمن لا يقارنه ما يسقطه لأنهما لم يشهدا بالإيفاء بل شهدا به بعد ذلك ، وإذا صار الثمن مقضيا به ضمناه برجوعهما انتهى فيه نظر (قوله إذ المالك يتحرر عن الانتساب إلى الكلب) أقول : فيه أن حكم الثمن ينفذ ظاهرا وباطنا في أمثاله عند أبي حنيفة ، فلو فسخ البيع في المدة لم ينسب إلى الكلب أصلا عنه بل منه إلى الإمامين أيضا ، إذ يحمل الفسخ مبنا على حكم القاضي بالبائع والخيار فتأمل (قوله فلو أوجب البيع في المدة) أقول : لى في مدة الخيار .

(وإن شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر) لأنهما أكدا ضمنا على شرف السقوط ، ألا ترى أنها لو طاولت ابن الزوج أو ارتدت سقط المهر أصلا ولأن الفقرة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ،

سؤال ذكره في الميسوط . حاصله : ينبغي أن لا ضمان عليهما لأنهما إنما أثبتا البيع بشرط الخيار البائع ، وبه لا يزول ملكه عن المبيع وإنما يزول إذا لم يفسخ حتى مضت المدة ، وإذا لم يفسخ حتى مضت المدة كان مختارا في إزالة ملكه عنه إلى غيره فلا يجب الضمان . والجواب أن سبب التلف العقد السابق وثبوته بشهادتهم فيضاد إليهم . غاية الأمر أنه سكت إلى أن مضت المدة وهو لا يستلزم رضاه بل واز كونه لتحريزه عن أن يضاف إليه الكذب لأنه قد أنكر العقد ، فإذا فسخ كان معترفا بصوره منه فيظهر للناس تناقضه وكذبه ، والعامل يحرز عن مثله ، وكذا لو شهدا بالعقد على أن فيه خيار المشتري ومضت المدة ولم يفسخ وفي قيمة المبيع نقصان عن الثمن الذي شهدا به ضمنا ، ولو أن الشهود عليه بالشراء أجازه في المدة سقط الضمان عنهما لأنه أثلّف ماله باختياره ، كما لو أجازه البائع في شهادتهما بالخيار له بشئ ناقص عن القيمة حيث يسقط أيضا (قوله وإن شهدا أنه طلق امرأته قبل الدخول فقصي بالفرقة ثم رجعا ضمنا نصف المهر) هذا إذا كان في العقد مهر مسمى ، فإن لم يكن ضمنا للمعة لأنها الواجبة فيه ، وذلك (لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط) وعلى المؤكدا ما على الموجب . أما كونه على شرف السقوط فإن المهر بحيث لو ارتدت الزوجة والعياذ بالله تعالى أو طاولت ابن زوجها يسقط المهر أصلا . وأما أن على المؤكدا ما على الموجب فبمسألتين : هما ما إذا أخذ محرم صيد الحرم فقتله في يده آخر يجب الجزاء على الأخذ ورجع به على القاتل لأنه أكد ما كان بحيث يسقط بأن يتوب فيطلقه ، وما إذا أكره رجل آخر على الطلاق قبل الدخول وجب على الزوج نصف المهر ورجع به على المكره ، وكذلك بارتدادها ونحوه (ولأن الفقرة قبل الدخول في معنى الفسخ فتوجب سقوط كل المهر كما مر في النكاح) أي من باب المهر من أن بالطلاق قبل الدخول يعود المقود

(وإن شهدا على رجل بأنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط) بالارتداد أو مطاوعة ابن الزوج ، وعلى المؤكدا ما على الموجب لشبهه به ، ألا ترى أن المحرم إذا أخذ صيدا فلبسه شخص في يده فإنه يجب الجزاء على المحرم ويرجع به على القاتل لأنه أكد ما كان على شرف السقوط بالتخيلة ، ولأن الفقرة قبل الدخول في معنى الفسخ لعود المقود عليه وهو البضع إلى المرأة كما كان ، والفسخ يوجب سقوط جميع المهر لأنه يجعل العقد كأن لم يكن ، فكان وجوب نصف المهر على الزوج ابتداء بطريق المصلحة بسبب شهادتهما فيجب الضمان بالرجوع ، وإنما قال في معنى الفسخ لأن النكاح بعد الزوم لا يقبل الفسخ ، لكن لما حاد كل

(قوله لأنهما أكدا ما كان على شرف السقوط) أقول : يعني أكدا المهر الذي كان على شرف السقوط . قال الزيلعي : ويقتض هذا بمسألتين ذكرهما في التحرير : إحداهما امرأة لما على رجل ألف درهم مبيعة فشهد اليهود أنها حالة فأخذت الألف منه فارتدت ولحق بدار الحرب وسبيت ثم رجع اليهود عن شهادتهم لا يضمنون ، وهذا الدين كان على شرف السقوط لأنه لو كان مبيعة على حالة يسقط بارتدادها . والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وإن وجد التأكيد منه ، إذ لو لا قتله كان احتمال السقوط ثابتا ، ولكن نقول : القتل من النكاح وقته بانتهائه يتقرر ، والدين الموجب ثابت في الحال ، وإنما تأخرت المطالبة ، ولهذا لو مات من عليه الدين قبل ولو لم يؤكدا بهادتهما شيئا إذ تحصيل الحاصل محال . أو يقال : لا تالم بأن دينها يسقط بل يكون لورثتها وتقتضي بها دينها فلا يسقط بطل الانتقاس من الأصل انتهى قوله ، ولكن نقول القتل من النكاح الخ على بحث .

ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما . قال (وإن شهد أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته) لأنهما أتلغا ماله العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء

عليه إليهما كما كان سالما فلا يجب بمقابلته شيء (ثم يجب نصف المهر ابتداء) فقد أوجبا بشهادتهما عليه مالا فيجب ضمانه عليهما ، وإنما قال في معنى الفسخ ولم يقل فسخ لأنه ليس حقيقة الفسخ وإنما لم ينقص من عدد الطلاق شيء ، وإنما هو في معناه بسبب عود المعقود عليه إليهما سالما ، ولم يذكر المصنف ما لو شهدا بالطلاق بعد الدخول مع أنه مذكور في القلوري والبداية . وحكمه أن لا يجب ضمان لأن البضع لا تقوم له حال الخروج ، وما دفع من المهر قد اعتاض عنه منافع البضع فلم يتلفا عليه مالا بلا عوض . وفي التحفة : لم يضمن إلا ما زاد على مهر المثل لأن بقدر مهر المثل إلتلاف بعوض وهو منافع البضع التي استوفاهما . ثم المعروف أن الشاهدين لا يضمنان سوى نصف المهر من غير ذكر خلاف . وخروج بعضهم أن ذلك قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . أما على قول محمد فيضمنان للمرأة ما زاد على نصف المهر إلى تمامه لأنهما يرجوعهما زعما أن الزوج لم يظلفها وإنما وقع بالقضاء به . فعند أبي حنيفة رحمه الله وقوعه بالقضاء كإيقاع الزوج وإيقاع الزوج ليس لما إلا النصف . وعند محمد رحمه الله القضاء به ليس إيقاعا منه فيبقى حقه ثابتا في كل المهر وفواته بشهادتهما فقد أتلغاه انتهى . والوجه عدمه لأن القضاء بالوقوع إنما هو عنه تكذيبا له في إنكاره الطلاق . على أن نقل هذا الخلاف غريب ليس في الكتب المشهورة فلا يقول عليه (قوله وإن شهدا أنه أعتق عبده) فحضى بالعتق (ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلغا عليه) مالا متقوما (بلا عوض) فيضمنان سواء كانا موسرين أو مصرين لأنه ضمان إلتلاف وهو لا يتقيد باليسار (والولاء للمولى لأن العتق من جهته) وهو وإن كان منكرا للعتق صار مكذبا شرعا ، وإنما لا يتحول للشاهدين بضمانهما لأن العتق لا يقبل الانتقال ولا يكون الولاء عوضا نافيا للضمان لأنه ليس بمال بل هو كالنسيب سبب يورث به . ولو كانا شهدا بتدبير العبد وقضى به كان عليهما ضمان ما بين قيمته مدبر وغير مدبر وقد سلف في كتاب العتق قدر نقصان التدبير . وإن مات المولى بعد رجوعهما فحق من ثلث تركته كان عليهما بقية قيمته عبدا لورثته ، ولو شهدا بالكتابة ضمنا تمام قيمته . والفرق أنهما بالكتابة حالا بين المولى وبين مالية العبد بشهادتهما فكانا غاصيين فيضمنان قيمته بخلاف التدبير فإنه لا يحول بين المولى وبين مدبره بل ينقص ماليته ، ثم إذا ضمنا تبعا المكاتب على نجومه لأنهما قاما مقام المولى حين ضمنا قيمته ، ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي إليهما الجميع كما كان كذلك مع المولى ، وولاءه للذي شهدا عليه بالكتابة ، وإن عجز فرد في الرق كان لولاءه لأن رقبته لم تنصر لمملكة للشاهدين

المبدل إلى ملكها من غير تصرف فيه أشبه الفسخ (وإن شهدا أنه أعتق عبده) فحضى بذلك (ثم رجعا ضمنا قيمته لأنهما أتلغا مالية العبد عليه من غير بدل) وذلك يوجب الضمان والولاء للمعتق لأن العتق لا يتحول إليهما بالضمان ، فكذلك الولاء لأنه تابع له . قيل ينبغي أن لا يكون الولاء للمولى لأنه ينكر العتق . وأجيب بأنه مكذب في ذلك شرعا بقضاء القاضي بالحجة . وقيل لما ثبت الولاء ثبت العوض فاتفق الضمان . وأجيب بأنه لا يصلح عوضا لأنه ليس

(قال المصنف : لأنهما أتلغا مالية العبد عليه من غير عوض) أقول : والولاء لا يصلح عوضا لأنه ليس بمال متقوم بل هو كالنسيب بالحديث المشهور .

(وإن شهدوا بقصاص ثم رجعوا بعد القتل ضمنوا الدية ولا يقتض منهم) وقال الشافعي رحمه الله : يقتض منهم لوجود القتل منهم تسيييا فأشبه المكره بل أولى ، لأن الولي يعان والمكره يمنح . ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد ، وكلنا تسيييا

بالضمان لأن المكاتب لا يقبل الثقل من ملك إلى ملك ويرد المولى ما أخذ منهما لزوال حلولهما برده في الرق ، فهو كفاصب للدبر إذا ضمن قيمته بعد إباحة ثم رجح يكون مردودا على المولى ويرد المولى على الغاصب ما أخذه منه . ولو كانا شهدا على إقراره بأن هذه الأمة ولدت منه قبضى بذلك ثم رجعا ضمنا للمولى نقصان قيمتها وذلك بأن تقوم أمة وأم ولد لو جاز بيعها مع الأمومة فيضمنان ما بين ذلك ، فإن مات المولى بعد ذلك فعنت كان عليهما بقية قيمتها أمة للورثة وإن هما نصا في شهادتهما على إقراره في ابن في يده أنه منه بأن شهدا أنه أقر أنها ولدت منه هذا الولد كان عليهما مع ما ذكرنا للمولى قيمة الولد ، فإن قبضهما ثم مات فورثه هذا الابن كان عليه أن يرد على الشاهدين بما ورث مثل ما كان الميت أخذه منهما من قيمته وقيمة أمه لأنه يقول الميت أخذه بغير حق وأنه دين في تركته لهما . والذي عندي أنه ينبغي أن يضمنا للورثة مقدار ما ورث الابن لأنهما أتلفا ، عليهم بشهادتهما قوله وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية ولا يقتض منهما) وهو مذهب مالك خلافا لأشهب والدية على عاقلة اليهود . ومذهب أحمد إن قالوا أخطأنا ضمنا الدية في ما هما ، وإن قالوا تعمدنا اقتض منهما (وقال الشافعي رحمه الله : يقتض لوجود القتل) منهما (تسيييا فأشبه) الشاهد (المكره) فإنه تسبب بشهادته في قتل الولي ، كما أن المكره تسبب بإكراهه في قتل المكره فيقتل كما يقتل المكره (بل هو أولى منه لأن ولي القصاص) بعد الشهادة (يعان) على قتل المشهود عليه ولا ينكر عليه أحد . (والمكره) لا يعان على القتل بإكراهه بل (يمنح) وينكر عليه للعلم بأنه محظور عليه (ولنا أن القتل) من الشاهد (لم يوجد) تسيييا .

بمال متقوم ، ثم لا يختلف الضمان باليسار والإعسار لكونه ضمان إتلاف وإنه لا يختلف بذلك . قال (وإذا شهدا بقصاص ثم رجعا النخ) إذا شهدا على رجل بالقصاص فاقتض منه ثم رجعا ضمنا الدية في ما هما (ولا يقتض منهما . وقال الشافعي : يقتض منهما لوجود القتل تسيييا فأشبه المكره) أي فأشبه المسبب هاهنا وهو الشاهد المكره إن كان اسم فاعل ، أو فأشبه القاضى المكره لأنه كالملجئ بشهادتهما ، حتى لو لم ير الوجوب كفر إن كان اسم مفعول . وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بملجئ إلى القتل . وقوله (بل أولى) أي التسييب هاهنا أولى من الإكراه لأن التسييب موجب من حيث الإفضاء والإفضاء هاهنا أكثر لأن المكره يمنح عن القتل ولا يعان عليه ، والولي يعان على الاستيفاء فكان هذا أكثر إفضاء ، ومع ذلك يقتض من المكره للتسييب فن الشاهد أولى (ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد) وهو ظاهر ، وهو مستغنى عنه هاهنا لأنه لم يختلف فيه أحد ، وليس له تعلق بما نحن فيه إلا أن

(قال المصنف : وإذا شهدا إلى قوله ضمنا الدية) أقول : قال ابن الهمام : والدية على عاقلة اليهود انتهى . وفيه بحث لأن العاقلة لا تقبل اعترافا (قوله) وقيل أشبه الولي المكره وهو ليس بشيء لأنه ليس بملجئ إلى القتل (النخ) أقول : نعم لإلانة كالمجان حيث ظهور لإشارته القصاص بالبيع تشفيا على ما صيرفه به ، ومن تأمل كلام المصنف : انتهى قوله لأن الولي يعان لا يتردد في أظهرية إرادة الولي من المكره على تقدير كونه اسم مفعول . ثم اعلم أن صاحب القليل للنفق والكاكي (قال المصنف : ولنا أن القتل مباشر ثم يوجد وكذا تسيييا) أقول : أعنيييا يوجب القصاص ، إذ الكلام فيه لاسلط التسييب فإنه ما لا مجال لإكراهه . قال الإمام الشافعي : ذكر في الأسرار : ومن مشايخنا قال في تعليل للمسئلة بأن اليهود .

لأن التسبب مايفضى إليه غالبا ، وها هنا لايفضى لأن العفو مندوب ، بخلاف المكروه لأنه يؤثر حياته ظاهرا ، ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ، ثم لا أقل من الشبهة ، وهي دائرة القصاص ،

(لأن التسبب مايفضى إليه) أى إلى ما تسبب فيه (غالبا) والشهادة لايفضى إلى قتل الولي على وجه الغلبة ، وإن أفضت إلى القضاء ، بل كثيرا مايقع ثم تقف الناس في الصلح على قدر الدية بل على قدر بعضها فلم تنقض غالبا إليه بل قد وقد ، فن الناس من يغلب عليه طلب التشفى ، ومنهم من يغلب عليه العفو بالمال يرى أنه جمع بين ما هو الأحب للشارع وحصول مال ينتفع به فهو جمع بين دنيا وأخرى ، ولا شك أن هذا بالنظر إلى مجرد ذاتو مفهومه يقتضي كثرة وجوده بالنسبة إلى القتل فكيف إذا علم كثرة وقوعه ، وإذا اتنى التسبب من الشاهد حقيقة اتنى قتله (بخلاف المكروه) يعنى فحالف الولي المكروه (لأن) الغالب أن (الإنسان يؤثر حياته) على حياة غيره فكان المكروه بإكراهه مسيا حقيقة حيث ثبت بفعله ما هو المفضى للقتل بسبب الإيثار الطبيعي . ولا يصح قياس الشاهد عليه لانتماء الجماع وهو إثبات مايفضى غالبا إلى الفعل . ووجه آخر وهو (أن الفعل الاختياري) ذى الاختيار الصحيح : أئني قتل الولي المعرض بعد الشهادة (مما يقطع نسبة الفعل) إلى الشاهد كما عرف فيمن فك إنسان قيده فأبق باختياره وأمثاله ، كن دفع إنسانا في بحر حفرها غيره تعديا فإنه يدفعه الاختياري انقطعت نسبة التلف إلى الحافر فلا وجود للمسبب مع المباشر غتارا ،

يكون إزاء إلى أن المباشر للقتل وهو الولي لما لم يلزمه القصاص فكيف يلزم غيره وهو تكلف بعيد ، وكذا تسببا لأن التسبب إلى الشيء هو مايفضى إليه غالبا ، وما نحن فيه ليس كذلك لأن العفو مندوب إليه ، قال الله تعالى - وأن تعفو أقرب للتقوى - بخلاف المكروه فإن الإكراه يفضى إلى القتل غالبا ، لأن المكروه يؤثر حياته ظاهرا . ولقائل أن يقول : ظهور إيثار حياته إما أن يكون شرعا أو طبعيا ، والأول ممنوع لأن المسلم مندوب إلى الصبر على القتل فصار كالعفو عن القصاص ، والثاني مسلم ولكن معارض بطبع ولي المقتول فإنه يؤثر التشفى بالقصاص ظاهرا ولهذا نزل فقال (ولأن الفعل الاختياري) يعنى سلمنا أن ثمة تسببا ، ولكن الفعل الاختياري يقطع نسبة ذلك الفعل إلى غيره ، والفعل ها هنا وهو القتل وجد من الولي باختياره الصحيح فقطع نسبته إلى الشهود . سلمنا أنه لايقطع نسبته إلى الشهود لكن لا أقل أن يورث شبهة بندري بها القصاص . فإن قيل : لوأورث شبهة لا تدفع

مسيبون ، إلا أنه ضعيف لأن الملحق عنه أن المسبب والمباشر واحد ؛ ألا يرى أنه يلزمه الكفارة ، إلا أن حافر البئر تنزلة التاتل بسوط صغير لأن الحفر لا يعد للقتل وضعا كالضرب بسوط صغير مرة أو دوتين ، فأما القنادة فطريق سلوك لأخذ مائيت بالشهادة فكان كالضرب بما يقصد به القتل . وفي الكافي في قوله في الهداية : ولنا أن القتل إلى قوله يؤثر حياته ظاهرا مشكل لأن الأمر على التلب ، فالظاهر أن الولي يقدم على القتل لكونه مباها له وبه يدرك ثأره والظاهر أن المكروه لايقدم لأنه لايجب له قتله ، ويجتنب أن يرتدع المكروه عنه أو يلحقه بالثبوت انتهى (قال المصنف : لأن السبب) أقول : الألف واللام بدل من المضاف إليه ، والتفسير في إليه راجع إلى غالبا وهو السبب للمجنى أو ما يجري مجراه (قال المصنف : مايفضى إليه غالبا) أقول : متخوض بجائر البئر . والجواب أن المراد سبب للقتل الذى يوجب القصاص مايفضى إلى القتل غالبا فليتل ، وإن شئت التضمين فراجع إلى الكشف شرح البرزوى في مباحث السبب (قوله ولقائل أن يقول ، إلى قوله : بالقصاص ظاهرا) أقول : بين الظهورين فرق ظاهر ، فإن إيثار الحياة مطبوع عليه الحيوان ؛ ألا يرى أن للمكروه بالقتل يكون كسلوب الاختيار ، بخلاف إيثار التشفى فإنه ليس بطلب للمثابة إذ يمنعه عنه كثيرا إيثار العفو ابتداء الثواب مع أنه مطبوع على حب التناء في السجال وإظهار السباحة والكرم أيضا وذلك يدعو إلى العفو فليتل (قوله ولهذا تنزل قتال ولأن القتل الخ) أقول : أى ولكون هذا السؤال متوجها تنزل المصنف (قوله يعنى سلمنا أن ثمة الخ) أقول : إذا كان كلام المصنف متنا يكون اعتراض الشارح خارجا من الآداب .

بخلاف المال لأنه ثبت مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف . قال (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) لأن الشهادة في مجلس القضاء صدرت منهم فكان التلغ مضافا إليهم (ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم)

بخلاف المكره فإنه وإن اعترض فعله الاختياري عن الإكراه لكن اختياره اختيار فاسد للإكراه عليه فكان كلا اختيار ، ولذا لا يصح مع اختياره هذا البيع ولا إجازة يعمولا لإجاراته ونحوها فلم يصلح لقطع نسبة الفعل عن المكره فاعتبر المكره كآلة للمكره قتل بها ذلك القتل ، على أنه لو لم يقطع الاختيار الصحيح النسبة إلى الشاهد فلا أقل من أن يوجب شبهة في إيجاب القصاص عليه والقصاص يندرى بالشبهات بخلاف المال فإنه ثبت مع الشبهة وقوله فاشبه المكره بكسر الراء ، وقوله والمكره يمنع بفتحها ، والمراد بالمتخلف مختلف الرواية للفقهاء أبي الليث . وفي شرح الجامع الكبير للعنابي : إذا شهدوا على رجل أنه قتل فلانا خطأ أو عمدا قضى بذلك وأخذ الولي الدية في الخطأ وقتل القاتل في العمد ثم جاء المشهود بقتله حيا ، فالعاقلة في الخطأ إن شاعوا رجعوا على الآخذ لأنه أخذ بغير حق ولا يرجع هو على أحد ، وإن شاعوا ضمنوا الشهود لأنهم تسبوا بالتلف بغير حق وهم يرجعون على الولي لأنهم ملكوا المضمون وهو الدية بأداء الضمان فثبت أن الولي أخذ مالم . وفي العمد لا يجب القصاص على الولي ولا على الشهود ، لأن القضاء أوثر شبهة لكنه تجب الدية ويغير ورثة المقتول بين أن يضموا الولي الدية ولا يرجع هو على أحد ، وبين أن يضموا الشاهدين ، وهما لا يرجعان عند أبي حنيفة رحمه الله لأنهم لم يملكوا المضمون وهو الدم لأنه لا يقبل التملك لأنه ليس مالا ، وعندهما يرجعون بما ضمنوا لأن أداء الضمان انعقد سببا للملك المضمون لكن لم يثبت الملك في المضمون لعدم قبوله فيثبت في بدله كن غضب مدبرا وغضبه آخر ومات في يده وضمن المالك الأول يرجع على الثاني بما ضمن لما قلنا كذا هذا (وقوله وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا) وهذا بالاتفاق (لأن الشهادة) التي (في مجلس القضاء) وهي التي بها القضاء (صدرت منهم فكان التلغ مضافا إليهم . ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا لم يضموا) ولم يذكر المصنف خلافا .

الدية أيضا لأنه بدل القصاص . أجاب بقوله (بخلاف المال لأنه ثبت بالشبهات) فلا يلزم من سقوط ماسقط بالشبهات سقوط مائت بها ، وقد تضمن هذا الدليل الجواب عن صورة الإكراه فإنه لم يتحل هناك من المباشرة فعل اختياري يقطع النسبة عن المكره لأن اختياره فاسد واختيار المكره صحيح ، والقاسد في مقابلة الصحيح في حكم العدم فجعل المكره كآلة والفعل الموجود منه كالوجود من المكره وموضعه أصول الفقه ، وإن رجع أحدهما فعليه نصف الدية ، فإن رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فالولي المقتول الخيار بين تضمين الشاهدين وتضمين القاتل لأن القاتل متلف حقيقة والشاهدين حكما ، والإتلاف الحكمي في حكم الضمان كالحق ، فإن ضمن الولي لم يرجع على الشاهدين بشيء لأنه ضمن بفعله بإشراكه نفسه باختياره ، وإن ضمن الشاهدين لم يرجعوا على الولي في قول أبي حنيفة خلافا لها . قال : كانا عاملين للولي فبرجعا عليه ، وقال : ضمنا لإتلاف المشهود عليه حكما ، والمتلف لا يرجع بما يضمن بتسببه على غيره وتماثل ذلك بما فيه ، وعليه يعرف في المختلف تصنيف الفقهاء أبي الليث لامتصاف علاء الدين العالم . قال (وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا بالاتفاق) لأن الشهادة في مجلس الحكم صدرت منهم فكان التلغ مضافا إليهم . ولو رجع الأصول ، فلما أن يقولوا لم نشهد الفروع على شهادتنا ،

لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد فلا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد ، بخلاف ما قبل القضاء (وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمننا وهذا عند محمد رحمه الله . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأضيان عليهم) لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة وهى شهادتهم . وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا

وفى شرح القنورى لأبى نصر البغدادى قال : هذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال محمد : يضمنون وهو رواية عن أبى حنيفة انتهى . وذكر أبو المعين فى شرح الجامع الكبير فى إذا شهد فرعان على شهادة شاهدين على رجل أنه قتل فلان بن فلان خطأ قضى بالدية على عاقلته وقبضها الولي ثم جاء المشهود بقتله حيا لا يضمن الفروع لعدم رجوعهم وعدم ظهور كلهم بيقين لجواز أن الأصلين أشهداها غير أن الولي يرد على العاقل ما أخذ منها ، ولو حضر الأصلان وقالوا لم نشهداها لم يلتفت إلى إنكارهما ولا ضيان على الأصلين . أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فلاتهما لو رجعا بأن قالوا أشهدناهما بباطل لأضيان عليهما لأن شهادتهما وإشهادهما للفرعين كانا فى غير مجلس القضاء فلا يكون سببا للضيان كالرجوع فى غير مجلس القضاء ، فإذا لم يضمنتا بالرجوع فكذا إذا ظهر المشهود بقتله حيا . فأما عند محمد فيضمنان بالرجوع . ثم قال هنا : لا يضمنان : يعنى قال محمد فى إنكار الأصول الإشهاد لا يضمن الأصلان ، ثم ذكر ترددا فى أنه قاله على قول أبى حنيفة وأبى يوسف خاصة أو قاله اتفاقا . وأما صاحب النهاية فصرح بأن عدم الضيان بالإجماع . قال المصنف فى وجهه (لأنهم أنكروا) أى شهدوا الأصل (السبب وهو الإشهاد ، وذلك لا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل) الصدق والكذب (فصار كرجوع الشاهد) يعنى بعد القضاء لا ينقض به الشهادة لهذا (بخلاف ما) إذا أنكروا الإشهاد (قبل القضاء) لا يقضى بشهادة الفرعين كما إذا رجعوا قبله ، هذا إذا قالوا لم نشهدهم (فإن قالوا أشهدناهم وغلطنا) أو أشهدناهم ورجعنا (ضمن الأصول) هكذا أطلق القنورى وحكم المصنف بأن الضيان قول محمد . أما عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله فلا ضيان على الأصول . فالحمد أن الفرعين نقلوا شهادتهما إلى المجلس ووقع القضاء بها كأنهما حضرا بأنفسهما وأدباً فإذا رجعا ضمنا . وغاية الأمر أن تكون شهادتهما ليست فى المجلس حقيقة لكنها فيه حكما باعتبار أنها المنقولة فعلنا بالحقيقة عند عدم الرجوع وبالحكم عند الرجوع ، ولا حاجة إلى اعتبار الفرعين ثانياً عن الأصلين فيكون فعلهما كفعلهما ليرتفع ، فإنه لو كان كذلك لعل منع الأصلين إياهما عن الأداء بعد التحميل ولا يعمل ، فلهما بل عليهما أن يؤثبا لو منعاهما بعد التحميل . ولأبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن القضاء إنما وقع بشهادة الفروع لأنهم يشهدون بشهادة الأصول ، فهو كما لو شهدوا بحق آخر إنما يقضى به بشهادتهم ، وهذا لأن القاضى إنما

أو يقولوا أشهدناهم غاططين أو رجعنا عن ذلك ، فإن كان الأول فلا ضيان على الأصول بالإجماع لأنهم أنكروا سبب الإلحاق وهو الإشهاد على شهادتهما ، ولا يبطل القضاء لأن إنكارهم خبر محتمل للصدق والكذب فصار كما لو شهد الأصول وقضى بشهادتهم ثم رجعوا ، وإن كان الثانى فلكذلك عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : ضمنوا (لهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضى يقضى بما يعاين من الحجة) وقد عاين شهادتهم ، والموجود من الأصول شهادة فى غير مجلس القضاء وهى ليست بحجة حتى تكون سببا للإلحاق (وله أن الفرعين قاما مقام الأصلين فى نقل شهادتهما إلى مجلس القاضى) والقضاء يحصل بشهادة الأصلين ولهذا

(ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير) لأن القضاء وقع بشهادتهم : وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ، إن شاء ضمن الأصول وإن شاء ضمن الفروع ، لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرنا وبشهادة الأصول من الوجه الذى ذكر فيختير بينهما ، والجهتان متغايرتان فلا يجمع بينهما في التضمنين (وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلفت إلى ذلك) لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم ، ولا يجب الضمان عليهم لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهلوا على غيرهم بالرجوع .

يقضى بما عاين من الحجة وهو شهادتهما . وإذا ثبت أن القضاء ليس إلا بشهادتهما لم يضمن غيرهما ، وقد أصر المصنف دليل محمد وعادته أن يكون المرجح عنده ما أخره (قوله ولو رجع الأصول والفروع جميعا يجب الضمان عندهما على الفروع) بناء على ما عرف لهما من (أن القضاء إنما وقع بشهادة الفروع) والضمان إنما يكون برجوع من قضى بشهادته (وعند محمد المشهود عليه بالخيار ، إن شاء ضمن الأصول : وإن شاء ضمن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكرنا) وهو قولهما إن القضاء بما عاين القاضى من الحجة ، وإنما عاين شهادة الفروع (ومن الوجه الذى ذكر) أى محمد رحمه الله وهو أن الفروع نقلوا شهادة الأصول ، فالقضاء بالشهادة المنقولة وهى شهادة الأصول . وقوله (والجهتان متغايرتان) جواب عما يقال لم يجمع بين الجهتين فيضمن كلا من الفريقين نصف المثلث ؟ فقال هما متغايرتان لأن شهود الأصل يشهدون على أصل الحق وشهود الفرع يشهدون على شهادتهم . وقيل لأن إحداهما إشهاد والأخرى أداء للشهادة في مجلس القضاء ، ولا مجانسة بين الشهادتين فلا تعتبر شهادة الفريقين بمنزلة شهادة واحدة بأمر واحد ، فلهذا لم يجمع بين الفريقين في التضمنين بل أثبت له الخيار في تضمين أى الفريقين شاء ، ولا يرجع واحد من الفريقين إذا ضمن بما أدت على الفريق الآخر ، بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب ، فإنه إذا ضمن الغاصب يرجع على غاصبه لأن كلا من الفريقين مؤاخذ بفعله ، فإذا ضمنه المشهود عليه لا يرجع به على الآخر بسبب أن المثلث نقل شهادة الأصول ، إذ لولا إشهاد الأصول لما تمكن الفروع من النقل ، ولولا نقل الفروع لم يثبت النقل فكان فعل كل من الأصول والفروع في حق المشهود عليه

يعتبر عملتهما فصلا كأنهما حضرا بأنفسهما وشهدا ثم رجعا ، وفي ذلك باز مهم الصان نكذا هاهنا (واو رجع الأصول والفروع جميعا) فمتدهما (يجب الضمان) على الفروع لا غير لما مر أن القضاء وقع بشهادتهم (وعند محمد المشهود عليه غير) بين تضمين الأصول والفروع عملا بالدليلين ، وذلك (لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذى ذكر) أبو حنيفة وأبو يوسف (وبشهادة الأصول من الوجه الذى ذكره محمد) والعمل بهما أولى من إهمال أحدهما . فإن قيل : فلم لم يجمع بين الجهتين حتى يضمن كل فريق نصف المثلث . أجاب بقوله (والجهتان متغايرتان) لأن شهادة الأصول كانت على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الأصول ، ولا مجانسة بينهما ليجعل الكل في حكم شهادة واحدة فلم يبق إلا أن يكون الضمان على كل فريق كالمفرد عن غيره ، وتأخير دليل محمد في المستلثين يدل على اختيار المصنف . قول محمد (وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم لم يلفت إلى قولهم ولا يبطل به القضاء) لأنه خير محتمل ولا ضمان عليهم ، لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم

(قوله والجهتان متغايرتان) أقول : المراد بالجهتين هو ما ذكره المصنف من وجهى محمد والإمامين :

قال (وإن رجع المزكون عن الزكية ضمنوا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يضمنون لأنهم أثبتوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الإحصان . ولأن الزكية أعمال للشهادة ، إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالزكية فصارت بمعنى علة العلة ، بخلاف شهود الإحصان لأنه شرط محض (وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط

سبب الضمان . أما الفروع فبالنقل . وأما الأصول فبتحميلهم الفروع على النقل ، إذ بتحميلهم لزمتهم ذلك شرعا حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف العاصب مع غاصبه (قوله وإن رجع المزكون عن الزكية) بعد القضاء بالمال (ضمنوا) المال أطلقه القلجوري . وذكر المصنف وغيره أن ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما لا يضمنون لأن القضاء الذي به الإلتلاف لم يقع بالزكية بل بالشهادة فلم يضاف التلف إليهم فلا يضمنون (وصاروا كشهود الإحصان) إذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الزكية علة أعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا إلى الزكية لأن الحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة بخلاف الإحصان لأنه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا ، والإحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا ، فليس علة لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض : أي عند وجوده فيكون الحد كفا ، ونظام المؤثر في الحد رجا كان أو جلدا ليس إلا الزنا ، إلا أنه قد يقال من طرفهما إن الحكم لا يضاف إلى علة العلة إلا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف إلا إليها . وهذا فرع ذكره في المبسوط : شهدوا بالزنا وزكروا وقال المزكون هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفار ، فإن ثبت المزكون على أنهم أحرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على الشهود ، أما الشهود فلا تهم بل يثبتن كذبهم في الشهادة ، بل الواقع أن لأشهادهم على المسلمين من عبيد أو كفار . وأما المزكون فلا تهم اعتمدوا قول الناس في ذلك ، وليس إخبارهم القاضي بذلك شهادة ، وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لأن المزين ما أثبتوا سبب الإلتلاف وهو الزنا ، إنما أثبتوا على الشهود خيرا . وأبو حنيفة يقول : جعلوا ما ليس بموجب : أعنى الشهادة موجبا بالزكية إلى آخره : يعني ما ذكرنا (قوله وإذا شهد شاهدان باليمين) أي شهدوا بتعلق طلاق زوجته قبل

إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع وذلك لا يفيد شيئا . قال (وإن رجع المزكون عن الزكية ضمنوا الخ) إذا شهدوا بالزنا فنزكروا فرجم المشهود عليه ثم ظهر الشهود عبيدا أو كفارا ، فإن ثبتوا على الزكية فلا ضمان عليهم لأنهم اعتمدوا على ما سمعوا من إسلامهم وحريةهم ولم يثبتن كذبهم بما أخبروا من قول الناس إنهم أحرار مسلمون ولا على الشهود لأنه لم يثبتن كذبهم ولم تقبل شهادتهم ، إذ لا شهادة للعبيد والكفار على المسلمين والدية في بيت المال ، وإن رجعوا عن تزكيتهم وقالوا تعمدنا ضمنوا عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما ، لأن المزين ما أثبتوا سبب الإلتلاف لأنه الزنا وما تعرضوا له ، وإنما أثبتوا على الشهود خيرا ولا ضمان على المتني على الشهود كشهود الإحصان . وله أن الزكية أعمال للشهادة ، إذ القاضي لا يعمل بالشهادة إلا بالزكية ، وكل ما هو كذلك فهو بمنزلة علة العلة من حيث التأثير ، وعلة العلة كالعلة في إضافة الحكم إليها ، وإنما قال بمعنى علة العلة لأن الشهادة ليست بعلّة ، وإنما هي سبب أضيف إليه الحكم لتعذر الإضافة إلى العلة ، بخلاف شهود الإحصان فإنه شرط محض لأن الشهادة على الزنا بدون الإحصان موجبة للعقوبة ، وشهود الإحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا . قال (وإذا شهد شاهدان باليمين الخ) إذا شهدا على رجل أنه قال لعبيده إن دخلت هذه الدار فأنت حر أو قال ذلك لأمرائه قبل التدخل بها

(قوله فإن ثبتوا على الزكية الخ) أقول : سبق هذا البحث في باب الشهادة على الزنا (قوله أو قال ذلك لأمرائه الخ) أقول : : هلنا نوح مساعة ، إذ لم يقل لأمرائه إن دخلت الدار فأنت حرة ، وللمراد واضح .

ثم رجعوا فالضمان على شهود البين خاصة) لأنه هو السبب ، والتلف يضاف إلى مثبت السبب دون الشرط المحض : ألا ترى أن القاضي يقضى بشهادة البين دون شهود الشرط ، ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه . ومعنى المسئلة بين العتاق والطلاق قبل الدخول .

الدخول بها بدخول الدار أو بتعليق عتق عبده به ثم شهد آخران بدخول الدار فقضى بالطلاق والعتاق ثم رجع القريقان (فالضمان) لنصف المهر وقيمة العبد (على شهود البين خاصة) واحترز بلفظ خاصة عن قول زفر فإنه يوجب الضمان على القريقين بالسوية . قال : لأن التلف حصل بشهادتهم . قلنا : القضاء بالعتق والطلاق إنما هو بثبوت قوله أنت طالق وأنت حر فإنه العلة في الوقوع وهو الذي سباه المصنف السبب ، وذلك إنما أثبتته شهود البين ، بخلاف شهود الدخول لأن الدخول لم يوضع شرعا علة لطلاق ولا عتاق فلم يكن علة ، وإذا ضمن الدافع مع وجود الحافر وهما مسبيان غير أن الدافع مثبت لسبب أقرب من الحفر لأن العلة إنما هي الثقل فلا ينضم مباشر العلة دون مباشر السبب أولى . ومن هذا إذا رجع شهود التخيير مع شهود اختيارها نفسها يضمن شهود الاختيار خاصة لأن الاختيار هو العلة والتخيير سبب ، ولا يلزم على هذا إذا شهدا أنه تزوج فلانة وشهد آخران أنه دخل بها وقضى بكل المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وإن كان وجوب المهر بالتزويج لأن شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ماوجب عليه بالتزويج فخرجت شهادتهما من أن تكون إتلافا ، ثم مقتضى ما في وجه انفراد شهود البين بالضمان أن يجب على شهود الشرط لو رجعوا وحدهم بتسبيهم إثباتهم ما يثبت السبب عنده ، بخلاف ما إذا رجع معهم شهود البين ، وحكى المصنف فيه اختلاف المشايخ . قال العتافي قال أكثر المشايخ : يضمنون لأنهم تسببوا في التلف بغير حق ، لأن له أثر في وجود العلة عنده فيكون سببا للضمان

وشهد آخران على دخولها ثم رجعوا جميعا فالضمان على شهود البين خاصة ، وقوله خاصة رد لقول لزفر رحمه الله ، فإنه يقول : الضمان عليهم لأن المال تلف بشهادتهما : وقلنا : السبب هو البين لا لعلة ، والتلف يضاف إلى السبب دون الشرط المحض لأن السبب إذا صلب لإضافة الحكم إليه لا يصر إلى الشرط كحافر البئر مع الملقى فإن الضمان عليه دون الحافر (قوله ألا ترى) توضيح الإضافة إلى السبب دون الشرط ، فإن القاضي يسمع الشهادة بالبين ويحكم بها وإن لم يشهد بالدخول (ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه) ومال شمس الأئمة السرخسي إلى عدم وجوب الضمان على شهود الشرط ، وفيها إذا كان البين ثابتة بإقرار المولى ورجع شهود الشرط ظن بعض المشايخ أنهم يضمنون لأن العلة لا تصلح لإضافة الحكم إليها ها هنا فلها ليست بتمتد فيضاف إلى الشرط خلفا عن العلة وشبهه بحفر البئر . قيل وهو غلط ، بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات لأن قوله أنت حر مباشرة لإتلاف المالية ، وعند وجود مباشرة الإتلاف يضاف الحكم إلى العلة دون الشرط سواء كان بطريق التعدي أو لا ، بخلاف مسئلة الحفر فإن العلة هناك تقتل الماشي ، وليس ذلك من مباشرة الإتلاف في شيء فلهذا جعل الإتلاف مضاعفا إلى الشرط (قوله ومعنى المسئلة) يريد به صورة المسئلة وقد قلنا ماها في صدر البحث ، والله سبحانه وتعالى أعلم :

(قوله كحافر البئر مع الملقى فإن الضمان للث) أقول : لأنه يجب قريب والعلة القتل ، فإذا ضمن مثبت السبب القريب فيما إذا اجتمع السببان لقربه فلا ينضم مباشر العلة دون مباشر السبب أولى (قوله وإن لم يشهد بالدخول) أقول : فيه تأمل .

(كتاب الوكالة)

عند عدم العلة ، بخلاف الإحصان لأنه أثر في منع وجود العلة لأن الدخول في نكاح صحيح سبب الامتناع من الزنا
لا سبب إتيانه فلا يلحق بالعلة . وجعل شمس الأئمة هذا عن بعض مشايخنا لمعنى ما ذكرنا من كلام القاضي ، ثم قال :
وهنا غلط ، بل الصحيح من المذهب أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات ، لأن قوله أنت حر
مباشرة الإتلاف ، وعند وجود الشرط يضاف إليه لا إلى الشرط سواء كان تعديدا أولا . بخلاف مسألة الحفر فالعلة
هناك نقل الماشي ، وذلك ليس من مباشرة الإتلاف في شيء فلهذا يجعل الإتلاف مضاعفا للشرط وهو إزالة المسكة .
ثم لا يخفى عليك أن صورة رجوع شهود الشرط وحدهم إذا أقر بالتعليق فشهدا بوجود الشرط . وأما لو شهد اثنان
عليه بالتعليق وآخران بوجود الشرط ثم رجع شهود الشرط وحدهم فلا ينبغي أن يختلف في عدم الضمان عليهم ،
والله أعلم .

(كتاب الوكالة)

أعقب الشهادة بالوكالة لأن كلامنا من الشاهد والوكيل ساع في تحصيل مراد غيره من الموكل والمدعي معتمدا عليه كل
منهما : والوكالة لغة بفتح الواو وكسرهما اسم للتوكيل وهو تفويض أمرك إلى من وكتابه اعتمادا عاياه فيه ترفها منك

(كتاب الوكالة)

عقب الشهادات بالوكالة لأن الإنسان لما خلق مدنيا بالطبع يحتاج في معاشه إلى تعاوض وتعاوض ، والشهادات
من التعاوض والوكالة منه ، وقد يكون فيها التعاوض أيضا فصارت كالمركب من المفرد فأوثر تأخيرها : والوكالة
بكسر الواو وفتحها اسم للتوكيل من وكله بكذا إذا فوض إليه ذلك ، والوكيل هو القائم بما فوض إليه كأنه فاعل
بمعنى مفعول لأنه موكول إليه الأمر : أي مفوض إليه ، وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن إقامة الإنسان غيره مقام
نفسه في تصرف معلوم . وهي عقد جائز بالكتاب وهو قوله تعالى - فابعثوا أحدهم بورقكم هذه إلى المدينة -
ولم ياجئه النكير . والسنة وهو ما روى وأنه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء الأضحية وبالإجماع .
فإن الأمة قد أجمعت على جوازها من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا . وسببها تعاقب البقاء المقدور
بتعاطيها . وركنها لفظ وكلت وأشباهه . روى بشر عن أبي يوسف : إذا قال الرجل لغيره أجبني أن تبيع

(كتاب الوكالة)

(قوله والشهادات من التعاوض الخ) أقول : ولأن الشهادة من التعاوض المأمور به دون الوكالة فلها كما سيحيي ألفا عقد جائز
فلصحت التأخير (قوله وقد يكون فيها التعاوض أيضا) أقول : كما إذا كان وكيل بالبيع أو الشراء مثلا (قوله وهي عقد جائز بالكتاب
وغيره قوله تعالى - فابعثوا أحدهم - الآية) أقول : فإن قيل : لم لا يجوز أن يكون رسالة ؟ قلنا : الرسالة تبليغ الكلام إلى الغير لا دخل له
في التصرف ، والمهموث إلى المدينة كان مأمورا بشراء السلام .

أو عجز عنه . والوكالة أبدا إما للعجز أو للتره وكلاهما للضعف ، ولذا كان معنى الوكيل من فيه ضعف ، وفسر قول لبيد :

وكأني ملجم سوزانقا أجليا كره غير وكل

والسوزانق والسوزق والسوزنيق : الشاهين ، والأجندل : الصقر نسب فرسه إليه ووكاله جعله وكيلا : أى مفوضا إليه الأمر ، ومنه وكل أمره إلى فلان ، ومن هنا قول الحطيئة :

فلأيا قصرت الطرف عنهم بجرة أمون إذا واكلتها لا تواكل

يعنى إذا فوضت أمرها إليها لاتوكل نفسها إلى أن أحثها على السير بل تستمر على جدها في السير ولا تضعف فيه . أو توكل قبل الوكالة واتكلت عليه اعتمدت وأصله واتكلت قلبت الواو ياء لسكونها واتكسار ما قبلها ثم أبدلت تاء فأدغمت في تاء الائتمال . وأما الوكيل فهو القائم بما فوض إليه من الأمور وهو فعيل بمعنى مفعول : أى موكول إليه الأمر ، وإذا كان قويا على الأمر قادر عليه نصوحا تم أمر الموكل فإذا رضي سبحانه وتعالى أن يكون وكيلا عنك واعتمدت على غيره فهو الحرمان العظيم ، فكيف إذا أوجبه عليك لتحقيق مصالحك فضلا منه . قال الله عز وجل - رب المشرق والمغرب لا إله إلا هو فاتخذه وكيلا - وعلى هذا استمرار إحسانه وبره لا إله غيره . وأما شرعا فالوكيل إقامة الإنسان غيره مقامه في تصرف معاموم ، فلو لم يكن التصرف معلوما ثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط . وفي الميسوط : قل علماؤنا فيمن قال لآخر وكلتك بمالى : إنه يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط . وقال الإمام المحبوبي : إذا قال لغيره أنت وكيل في كل شيء كان وكيلا بالحفظ . وأما سببها فلرفع الحاجة للتحقق إليها كما سيظهر في كلام المصنف . وأما ركنها فالألفاظ الخاصة التي بها تثبت من قوله وكلتك ببيع هذا أو شرائه مع إقراره بقبول الخطأ صريحا أو دلالة ذمها إذا سكت فلم يقبل أو يرد ثم عمل فانه ينفذ ويظهر بالعمل قوله . وروى بشر عن أبي يوسف أنه إذا قال لغيره أحببت أن يبيع عبدي هذا أو قال هويت أو رضيت أو وافقتي أو شئت أو أردت أو وددت ونحو ذلك فهو وكيل . ولو قال لأنتاهك عن طلاق زوجتي لا يكون توكيلا ، فلو طلق لا يقع . ولو قال لعبده لا أنتاهك عن التجارة لا يصير مأذونا . وقال الفقيه أبو الليث : الجواب في الوكالة كذلك ، أما في الإذن يجب أن يكون مأذونا في قول علماؤنا لأن العبد يسكوت المولى بصير مأذونا وهذا فوق السكوت ، ذكره في النخبة . ولا بد من كون المعنى أن قوله لا أنتاهك في حال عدم مباشرة العبد البيع فوق سكوته إذا رآه يبيع ، وتقدم عن المحبوبي أنت وكيل في كل شيء . ويكون بالحفظ ، قالوا : فلو زاد فقال أنت وكيل في كل شيء جائر صنعك أو أمرك ؛ فقد محمد بصير وكيلا في البياعات والإيجارات والهبات والطلاق والعناق حتى يملك أن ينفق على نفسه من ماله ، وعند أبي حنيفة في المعروضات فقط ، ولا يلل العتق والتبرع . وفي فتاوى بعض المتأخرين عليه الفتوى ، وكذا لو قال طلقت امرأتك ووقفت أرضك الأصح أنه لا يجوز . ومثله إذا قال وكلتك في جميع أموري . ولو قال فوضت أمر مالى إليك يصير وكيلا بالحفظ فقط ، وكذا فوضت أمري إليك الصحيح أنه مثله :

عبدي هذا أو هويت أو رضيت أو شئت أو أردت فذلك توكيل وأمر بالبيع . وشرطها أن يملك الموكل التصرف . ويلزمه الأحكام كما سنده كره . وصفها أنها عقد جائز يملك كل من الموكل والوكيل المزل بدون رضا صاحبه ،

قال (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره) لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره فيكون سبيل منه دفعا للحاجة .

وفي المبسوط : إذا وكله بكل قليل أو كثير فهو وكيل بالحفظ لا بتقاضى بيع ولا شراء ، وفوضت لك أمر مستغلقا وكان أجراها ملك تقاضى الأجرة وقبضها ، وكلنا أمر ديوني ملك التقاضى ، وأمر دواني ملك الحفظ والرعى والتعليف ، وأمر مالمالكي ملك الحفظ والتفقة ، وفوضت إليك أمر امرأتى ملك طلاقها واقتصر على المجلس ، بخلاف مالو قال وكلتك . والوصاية حالة الحياة وكالة كالوكالة بعد موته وصاية لأن المنظور إليه المعاني . وكلتك في كل أودرى وأقمطت مقام نفسي ليس توكيلا عاما ، فإن كان له صناعة معلومة كالتجارة مثلا ينصرف إلى ذلك ، وإن لم يكن له صناعة معلومة ومعاملاته غثلة فالوكالة باطلة . ولو قال وكلتك في جميع الأمور التي يجوز التوكيل فيها فتوكل عام يتناول البياعات والأنكحة . ولما شرطها فما سياتى عند قوله : ومن شرط الوكالة أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام . وأما صفتها فإنها من العقود الجائزة غير اللازمة حتى يملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر كما سياتى إن شاء الله تعالى ، ولكون شرعيها غير لازمة رد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيل لا يملك عزله لأنه كلما عزله تتجدد وكالته ، فإن تعليق الوكالة بالشرط جائز فإنه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة فالحق إمكان عزله . ثم اختلفوا في تحقيق لفظ العزل ؛ فقيل أن يكون عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف إلى المعلق والمنجز . وقيل لا يصح لأن العزل فرع قيام الوكالة ، وذلك إنما يتحقق في المنجز لأن المعلق بالشرط عدم قبول وجود الشرط ؛ فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح . وقال الفقيه أبو جعفر وظهير الدين : يجب أن يقدم الرجوع عن المعلقة على العزل لأن المعلقة لأنه إذا قدم العزل عن المنفذة تنجز وكالة أخرى من المعلقة . وقيل هذا إنما يازم إذا كان لفظ الرجوع يخص المعلقة احتراز عن قول أبي يوسف إن الإخراج عن المعلقة بلقطف العزل لا يصح . وأما على قول محمد إنه يجوز فلا وهو المختار . وأما حكمها فجواز مباشرة الوكيل ماوكل به وثبوت حكمه للموكل ، ولا بد من تنقيده بكونه الحكم الأصلي المقصود بالذات من الفعل الموكل به ، وإلا فن أحكام البيع التمكن من المطالبة بالثمن والمبيع والخصومة في ذلك وإيسر ثبت ذلك للموكل (قوله كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه) جاز أن يوكل به (هذا ضابط لاحد فلا يرد عليه أن المسلم لا يملك بيع الخمر ويملك توكيل الذي به لأن إبطال القواعد بإبطال الطرد لا العكس ، ولا يبطل طرده عدم توكيل الذي مسلما ببيع خمره ، وهو يملكه لأنه يملك التوصل به بتوكيل الذي ، فصدقت الضابط لأنه لم يقل كل عقد يملكه توكيل كل أحد به بل التوصل به في الجملة ، وإنما يرد عليه توكيل الوكيل الذي لم يفوض إليه التصرف مطلقا فإنه يملك العقد الذي وكل به ولا يملك

وحكمها جواز مباشرة الوكيل ما فوض إليه . قال (كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه الخ) هذه ضابطة يثبتن بها ما يجوز التوكيل به وما لا يجوز ، فإن مبناه الاحتياج ، فقد يتفق وهو عاجز عن المباشرة (فيحتاج إلى التوكيل

(قوله هذه ضابطة يثبتن بها الخ) أقول : بخلاف لما سيجي من قوله إن العكس غير لازم وغير مقصود (قوله فقد يتفق) أقول : أي العقد

وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بالشراء حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة رضي الله عنهما .

التوكيل به ، فذكروا أن المراد أنه يملكه بمجرد أهليته امتدادا لابناء على إذن غيره (قوله صح عن النبي صلى الله عليه وسلم الخ) أما وكالة حكيم فرواية أبي داود بسند فيه مجهول « أنه صلى الله عليه وسلم دفع له دينارا ليشتري له أضحية فاشترى بها دينارا وباعها بدينارين فرجع واشترى أضحية بدينار وجاء بدينارين وأضحية إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فتصدق النبي صلى الله عليه وسلم به ودعا له أن يبارك له في تجارته » ورواه الترمذي من حديث حبيب بن أبي ثابت عن حكيم وقال : لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، وحبيب عندي أنه لم يسمع من حكيم إلا أن هذا داخل في الإرسال عندنا فيصدق قول المصنف صح إذا كان حبيب إماما ثقة . وأخرج أبو داود عن شبيب ابن غرقدة قال : حدثني الحنفي عن عروة الباري قال : « أعطاه النبي صلى الله عليه وسلم دينارا يشتري أضحية أو شاة فاشترى شتين فباع إحداهما بدينار وأناه بشاة ودينار فدعا له بالبركة في بيعه فكان لو اشترى ترابا ربح فيه » وأخرجه أيضا أبو داود والترمذي وابن ماجه وأحمد عن أبي ليبد واسمه لماسة بن زياد عن عروة فذكره ، والذي يتحقق من هذا ظن أن هذه القضية وقت له صلى الله عليه وسلم مع حكيم أو مع عروة أو مع كل منهما بناء على أنها واقعتان فتثبت شرعية الوكالة على كل حال . وأما أنه وكل عمر بن أبي سلمة بالتزويج فأخرج النسائي عن ثابت أنه قال : حدثني ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث إليها بخطبها فأرسلت إليه إلى امرأة مصيبة ، وإلى غيري ، وإنه ليس أحد من أوليائي شاهدا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما كونك غيري فسادعو الله فتعجب غيرتك ، وأما كونك مصيبة فإن الله سيكشفك صبياتك ، وأما أن أحدا من أوليائك ليس شاهدا فليس أحد من أوليائك لا شاهد ولا غائب إلا سيرضي في ، فقالت أم سلمة : قم يا عمر

وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل بشراء الأضحية حكيم بن حزام وبالتزويج عمر بن أم سلمة) بنزويهما لإياه عليه الصلاة والسلام . واعترض على الضابطة بأنها غير مطردة ومنعكسة : أما الأول فلأن الإنسان جاز له أن يستقرض بنفسه ، والتوكيل به باطل ، والتوكيل يعقد بنفسه ، وإذا وكل غيره ولم يؤذن له في ذلك لا يجوز ، والذي إذا وكل مسلما في الحمر لم يجوز ، وجاز أن يعقد الذي بنفسه فيها . وأما الثاني فلأن المسلم لا يجوز له عقد بيع الحمر وشرائها بنفسه ، وأو وكل خبيا بذلك جاز عند أبي حنيفة : والجواب عن الأول أن محل العقد من شروطه لكون المحال شروطا كما عرف ، وليس بوجوده في التوكيل : الاستقراض لأن الدرهم التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض ، والأمر بالتصرف في ملك الغير باطل . رد بأنه تقرير للنقض لا دافع ، وبأن التوكيل بالشراء جائز . وما ذكرتم موجود فيه : والجواب أنه من باب التخلف لمانع ، وقيد عدم المانع في الأحكام الكلية غير لازم ، وأن محل عقد الوكالة في الشراء هو الثمن وهو ملك الموكل ، وفي الاستقراض الدرهم المستقرض وهي ليست ملكه .

(قوله جاز له أن يستقرض الخ) أقول : والاستقراض من العقود (قوله والتوكيل به باطل) أقول : كما صرح به في الهداية قبيل باب الوكالة في البيع والشراء (قوله وليس موجود) أقول : يعني شرعا (قوله لأن الدرهم ، إلى قوله : في ملك الغير باطل) أقول : مقتضى بالتوكيل بالاستئجار والاستيداع وسيجي ما ذكره الشارح في معرض الجواب (قوله والجواب الخ) أقول : يعني عن الرد (قوله وأن محل عقد الوكالة الخ) أقول : سيجي تحقيقه من الشارح في الرد الثاني من فصل البيع (قوله وفي الاستقراض) أقول : فيه تأمل .

فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فزوجته إياها ورواه أحد وابن راهويه وأبو يعلى وابن حبان في صحيحه والحاكم وقال : صحيح الإسناد . واسم ابن عمر بن أبي سلمة سعيد بن عامر بن سلمة . ونظر فيه ابن الجوزي لعله باطلة وهي أن عمر كان إذ ذاك : يعني حين تزوجها عليه الصلاة والسلام منه ثلاث سنين فكيف يقال لثله زوج : واستبعده صاحب التتقيق بن عبد الحماد قال : وإن كان الكللاباني وغيره قاله فإن ابن عبد البر قال إنه ولد في السنة الثانية من الهجرة إلى الحبيشة . ويقوى هذا ما أخرجه مسلم عن عمر بن أبي سلمة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن القبلة للصائم ؟ فقال صلى الله عليه وسلم : سل هذه فأخبرته أمه أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام يصنع ذلك ، فقال عمر : يا رسول الله قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر ، قال صلى الله عليه وسلم : أما والله إني لأتفكك لله وأخشأكم الله وظاهر هذا أنه كان كبيراً . ثم لا يخفى أن ظاهر اللفظ يقتضي أنه كان وكلاء عن أمه لأنها هي القائلة له قم يا عمر فزوج لا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإنما يفيد ذلك حديث أخرجه البيهقي من طريق الواقدي أنه صلى الله عليه وسلم خطب أم سلمة إلى ابنها عمر بن أبي سلمة ، فزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يومئذ غلام صغير ، إلا أنهم يضعفون الواقدي خلافاً لنا . وفيه دليل على وكالة الصبي الماقل خلافاً لهم ، إن نظرنا إلى حديث الواقدي فظاهر ، وإلى الحديث الصحيح فلأنه لم يزوجه بحكم الولاية على أمه لأن الصبي لا ولاية له فيكون تزويجه بحكم الوكالة . فيقد قيل إن عمر بن الخطاب رضى الله عنه هو المقول له زوج والمزوج هو سلمة بن أبي سلمة . وما يدل على شرعية الوكالة ما أخرجه أبو داود عن ابن إسحاق في كتاب الوصايا : حدثني وهب بن كيسان عن جابر بن عبد الله أنه سمعه يقول : أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسلمت عليه وقلت : إني أريد الخروج إلى خيبر ، فقال : إذا أتيت وكيلي فخذ منه خمسة عشر مسقاً ، فإن ابنتي منك آية فضع يلك على رقوته وابن إسحاق عندنا من الثقات . وأما على توكيل على رضى الله تعالى عنه فعقلاً فأخرجه البيهقي عن عبد الله بن جعفر قال : كان على يكره الخصومة ، فكان إذا

لا يقال هلا جعلتم المحل فيه بدلاً وهو ملك الموكل لأن ذلك محل التوكيل يليقاً بالقرض لا بالاستقراض والمراد بقوله يعقده الإنسان بنفسه هو أن يكون مستقبلاً به والوكيل ليس كذلك . والذي جاز له توكيل المسلم والمتنع توكيل المسلم عنه وليس كلامنا في ذلك بل جواز أن يمنع مانع عن التوكيل وإن صح التوكيل وقد وجد المانع وهو حرمة اقترابه منها وعن الثاني بأن العكس غير لازم وليس بمقصود . واعترض على قوله لأن الإنسان قد يعجز بأنه دليل لأخص من المدلول وهو جواز الوكالة فلأنها جائزة وإن لم يكن ثمة عجز أصلاً . وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم وهي تراعى

(قوله لا يقال إلى قوله لأن ذلك الخ) أقول : قوله بأن ذلك جواب لقوله لا يقال الخ ، والتفسير في قوله فيه راجع إلى الاستقراض ، والتفسير في بطلان راجع إلى الإدمان في قوله وفي الاستقراض للإدمان المستقرضة (قوله والتي جاز له توكيل الخ) أقول : وهذا على تقدير صحة يكون جواباً من التنصص بالاستقراض أيضاً إلا أنه لما كان مخالفاً لما سيجي من المصنف مؤان للتوكيل بالاستقراض لم يذكره الشارح في معرض الجواب ، ولم يجب بما أجاب به غيره من الفراج لذلك أيضاً . والخ في الجواب أن يقال لم يقل جاز أن يوكل به كل أحد حتى يرد التنصص ، والذي يملك أن يوكل غيره وهو ذو صفة تتأهل . ثم أقول : يورثه بحث آخر ، إذ التوكيل والتوكيل الكسرك والانكسار ، ثم ليت شئوى لمن يجرى (قوله وأجيب بأن ذلك بيان حكمة الحكم الخ) أقول : في التنصص الحكمة المجردة لا تسمى في كل فرد خلفها وعلم انضباطها بل في الجنس ، فيضاف الحكم إلى وصف ظاهر متضبط يدور معها وينب وجود علمته كالفرع من الشقة انتهى . وأنت خير

قال (ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قلنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات . وقد صح أن عليا رضي الله عنه وكل عقيلًا ، وبعد ما أسنّ وكل عبدالله بن جعفر رضي الله عنه (وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة لاتصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس) لأنها تندرى بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبة الموكل ، بل هو الظاهر للندب الشرعي ، بخلاف غيبة الشاهد لأن الظاهر عدم الرجوع ، وبخلاف حالة الحضرة لانتهاء هذه الشبهة ، وليس كل أحد يحسن الاستيفاء ، فلو منع عنه

كانت له خصومة وكل فيها عقيل بن أبي طالب ، فلما كبر عقيل وكلني . وأخرج أيضا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه وكل عبد الله بن جعفر بالخصومة . وقول المصنف رحمه الله : إن الإنسان قد يعجز عن غيره ، بيان حكمة شرعية الوكالة (قوله يجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق) لما قلناه من الحاجة إلى ذلك فإنه ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات التي بها يثبت حقه أو ينلغ بها عنه ما يدعيه الآخر ، وكذا يجوز التوكيل بإيفاء الحقوق واستيفائها إلا في الحدود والقصاص في النفس ، وما دون النفس فإن الوكالة لاتصح بإيفائها ولا باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس ، وهذا يتعلق بالاستيفاء فقط فالتنفي مطلق ، إذ الإيفاء ليس إلا بتسليم ظهره أو نفسه لإقامة الواجب ، وليس ذلك الأمر إلا من الجاني وليس هو الوكيل ، فكان ذلك قيدًا في الاستيفاء ، وإنما لا يجوز الاستيفاء حال غيبة الموكل لأنها : أي الحدود والقصاص تندرى بالشبهات ، وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي ، قال تعالى - وأن تعفو أقرب للتقوى بخلاف غيبة الشاهد بالحد والقصاص فإنه يستوفى ذلك مع غيبته لأن الشبهة فيه ليس إلا الرجوع ، وليس قريبًا في الظاهر ولا ظاهر إلا من جهة الأصل ولا الغالب لأن الأصل الصدق خصوصًا مع العدالة والرجوع ليس غالبًا ، بل من نحو ثمانمائة عام لا يعرف إلا ما وقع عند علي رضي الله تعالى عنه ، والله سبحانه أعلم هل ندر عند غيره أم لا ، وهو بمنزلة ما لا وجود له فلا يصير شبهة يدار باعتبارها حكم (بخلاف) الاستيفاء (حال حضرة الموكل) فإن الوكالة به تجوز ،

في النفس لا في الأفراد ، ويجوز أن يقال ذكر الخاص وأراد العام وهو الحاجة لأن الحاجة للعجز حاجة خاصة وهو مجاز شائع ، وحيفند يكون المناط هو الحاجة وقد توجد بلا عجز . قال (ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق الخ) الوكالة جائزة في جميع الحقوق بالخصومة ، وكذا بإيفائها واستيفائها : أما بالخصومة فلما قلناه من تحقق الحاجة ، إذ ليس كل أحد يهتدى إلى وجوه الخصومات ، وقد صح أن عليا رضي الله عنه وكل عقيلًا في الخصومة لكونه ذكيًا حاضر الجواب ، وبعد ما أسنّ عقيل وقره فوكل عبد الله بن جعفر ، وأما بإيفائها واستيفائها فلأنه جاز أن يباشر بنفسه فجاز أن يوكل به إلا في الحدود والقصاص ، فإن الوكالة باستيفائها في غيبة الموكل عن المجلس لا يجوز لأن الحدود تندرى بالشبهات بالاتفاق فلا تستوفى بمن يقوم مقام الغير لما في ذلك من ضرب شبهة كما في كتاب القاضي إلى القاضي والشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال . وقوله (وشبهة العفو) دليل على القصاص لأن الحدود لا يفي عنها . وتقريره : القصاص يندرى بالشبهات وهي موجودة ، لأن شبهة

بأن إضافة الحكم إلى الوصف هنا غير واضح فامل (قوله ويجوز أن يقال ذكر الخاص الخ) أقول : هاهنا كلام إلا أن يقال قد لتحقيق كذا قيل ، وفيه بحث لأن التحليل ليس بالنسبة إلى أحوال التوكيل بل بالإضافة إلى أحوال الإنسان (قوله فقلته جاز أن يباشر بنفسه الخ) أقول : الأظهر أن يقال فلعلها أيضا إذ هي للمالك كالأجنبي (قوله لأن الحدود تندرى بالشبهات) أقول : وكذا القصاص كما مر ويصرح به الآن ، فلا زجه لتضييع الدليل الأول بالحدود (قوله لأن الحدود لا يفي عنها) أقول : غيظ مقنن عند التفتد وحسد السرقة لأن الحق صار قد سبحانه وتعالى وحده حتى لو عفا المروق منه لا يلتصق إليه و يقطع .

يُسد باب الاستيفاء أصلاً، وهذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله : لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود أيضاً) ومحمد مع أبى حنيفة ، وقيل مع أبى يوسف رحمهم الله ، وقيل هذا الاختلاف فى غيبته

فإن المستحق قد لا يحسن الاستيفاء ، فلو امتنع التوكيل به بطل هذا الحق وهذا فى القصاص . وأما الحدود فإن الذى يلى استيفاءها الإمام ، وقد لا يحسن فبجواز توكيل الخلائق وإلا امتنع . ثم لا يخفى أن تعاليل المصنف التى -الة الغيبة بثبوت شبهة العفو إنما يستقيم فى القصاص دون الحدود لأن العفو فيها لا يتحقق أصلاً كما أسلفناه فى الحدود ، ولو كان حدثاً قد فسرقة لأن الحق صار لله سبحانه وحده ، حتى لو عفا المسروق منه لا يثبت إليه ويقطعه ، فالوجه أن يضم ما يجرى فيه من إمكان ظهور شبهة أو غلط ، فبعد الاستيفاء لا يمكن تداركه فبجواز أن يضمر نفس المستحق احتياطاً للردء (قوله وهذا الذى ذكرناه) أى من جواز التوكيل بإثبات الحدود : أى من جهة المقلوف والمسروق منه بإقامة البينة على السبب (قول أبى حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف : لا تجوز الوكالة بإثباتها) وقول محمد مضطرب تارة يضم إلى أبى يوسف وتارة إلى أبى حنيفة ، وظاهر كلام المصنف ترجيحه ، وكذا فعل فى المبسوط (وقيل هذا الخلاف) بين أبى حنيفة وأبى يوسف (عند غيبة الموكل) فأوكل بإثباتها وهو

العفو ثابتة حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا ولم يشعر به الوكيل ، بل الظاهر هو العفو للتدب الشرعى قال الله تعالى - وأن تغفوا أقرب للتقوى - وفيه خلاف الشافعى ، يقول هو خالص حق العبد فيستوفى بالتوكيل كسائر حقوقه دفعا للضرر عن نفسه . قلنا : سائر حقوقه لا تندرج بالشبهات ، بخلاف غيبة الشاهد : يعنى يستوفى الحدود والقصاص عند غيبته لأن شبهة فى حقه الرجوع والظاهر فى حقه عدم الرجوع إذ الأصل هو الصديق لاسياً فى المدلول ، وبخلاف ما إذا حضر الموكل لانقضاء هذه شبهة : أى شبهة العفو فإنه فى حضوره مما لا يخفى . فإن قيل : إذا كان الموكل حاضراً لم يمتنع إلى التوكيل بالاستيفاء إذ هو يستوفيه بنفسه . أجاب بقوله : وليس كل أحد يحسن الاستيفاء : يعنى لقلته هدايته أو لأن قلبه لا يمتثل ذلك ، فيجوز التوكيل بالاستيفاء عند حضوره استحساناً لئلا ينسد بابه بالنسبة إليه بالكلية (قوله وهذا الذى ذكرناه) يعنى جواز التوكيل بإثبات الحدود والقصاص ، فإنه لما قال وتجوز الوكالة بالقصاص فى جميع الحقوق وإيفائها واستيفائها واستثنى إيفاء الحدود والقصاص واستيفاءهما فى إثبات الحدود والقصاص داخلة فى قوله بالقصاص فى سائر الحقوق فقال (هذا الذى ذكرناه قول أبى حنيفة . وقال أبو يوسف رحمه الله : لا تجوز الوكالة بإثبات الحدود والقصاص بإقامة الشهود ، وقول محمد رحمه الله مضطرب . وقيل : هذا الاختلاف إذا كان الموكل غائباً) أما إذا حضر فلا اختلاف لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره . لأن أبى يوسف أن التوكيل إنابة وإثباتها فيها شبهة لا محالة ، وهذا الباب مما

(قال المصنف : ينسد باب الاستيفاء أصلاً) أقول : فيه شيء ، لكن للرد الانسداد بالنسبة إلى الذى لا يحسنه كما صرحوا به (قوله عند حضوره مستحسناً) أقول : والقياس أن لا يجوز للبالية (قوله وهذا الذى ذكرناه يعنى جواز التوكيل) أقول : لا يخفى عليك أن المشار إليه هو جواز التوكيل فى الحقوق كلها لأنه هو المالك كبراً صريحاً ، وهو اللائق لأن يحمل كذلك بمنزلة المحسوس المتعاقد مع أن ذلك هو ملحق أبى حنيفة . وأما عند أبى يوسف لا يجوز التوكيل فى بعض الحقوق وهو ما ذكره المصنف ، وما فى الشرح بما للإتقان تكلف ظاهر فليتمل (قوله واستثنى إيفاء الحدود والقصاص) أقول : الظاهر من سياق كلام المصنف أن المستثنى هو استيفاءها ولا يتوهم جواز التوكيل بإيفائها حتى يحتاج إلى الاستثناء (قوله فى الحدود والقصاص الخ) أقول : الأظهر أن يقال بى القصاص فى الحدود والقصاص .

دون حضرته لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره فصار كأنه متكلم بنفسه . له أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب (كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء) ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجنائية والظهور إلى الشهادة فيجوز فيه التوكيل كما في سائر الحقوق ، وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص . وكلام أبي حنيفة رحمه الله فيه أظهر لأن الشبهة لا تمنع الدفع ، غير أن إقرار الوكيل غير مقبول عليه لما فيه من شبهة علم الأمر به .

حاضر جاز اتفاقا (لأن كلام الوكيل ينتقل إلى الموكل عند حضوره . لأبي يوسف أن التوكيل إنابة وشبهة النيابة يحترز عنها في هذا الباب) أى باب الحدود والقصاص حتى لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتيب القاضي إلى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال فصار كالتوكيل بالاستيفاء حال الغيبة (ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض) أثبت الحد (لأن وجوبه) إنما (يضاف إلى) نفس (الجنائية) لا إلى الخصومة (والظهور) أى ظهور الجنائية إنما يضاف (إلى) نفس (الشهادة) لا إلى السعى في إثباتها فكان السعى في ذلك حقا (كسائر الحقوق) فيجوز لقيام المقتضى وانتفاء المانع . وقوله سائر الحقوق : أى باقيا : أى فتجاوز الوكالة بهذا الحق كما في سائر الحقوق ، ولا حاجة إلى تفسيره بجميع الحقوق معولا على ما في صحاح الجوهري ثم تحطته بأنه إنما هو بمعنى الباقي لا الجميع . هذا وقد يمنع انتفاء المانع ، فإن هذه الخصومة ليس إلا السعى في إثبات سبب الحد والاحتياط فيه ووضع الشرع الاحتياط للإسقاطه . فلا يقال : لو صح هذا لم يجز إثباتها من الموكل نفسه على ما ذكرت لأنه ساع إلى آخره وذلك بخلاف الإجماع . قلنا الفرق أن الوكالة فيها زيادة تحيل وزيادة تكلف لإثباته لأن الظاهر أنه يوكل للاستعانة عليه لضعفه هو عن الإثبات والشرع أطلق في إثباته لذلك التكلف الزائد والهالك فيه ، بل إذا عجز ترك لأنه علة الدرع لأنه صلى الله عليه وسلم قال للذين اتبعوا ما عزا حين هرب لما أذلته الحجارة «هلا تركتموه؟» أو نحو ذلك (قوله وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص) أجازه أبو حنيفة ومنه أبو يوسف (و) لاشك أن (كلام أبي حنيفة فيه أظهر) منه بالوكالة لإثباتها (لأن الشبهة) التى بها منع أبو يوسف هناك (لا تمنع الدفع) بل تقتضى أن يقول بجواز الوكالة بدفعه ، ثم لا يجوز للموكل الإقرار على موكله

يحترز فيه عن الشبهات كما في الشهادة على الشهادة وكما في الاستيفاء (ولأبي حنيفة رحمه الله أن الخصومة شرط محض لأن الوجوب مضاف إلى الجنائية والظهور إلى الشهادة) والشرط المحض حق من الحقوق يجوز للموكل مباشرته فيجوز التوكيل به كسائر الحقوق لقيام المقتضى وانتفاء المانع . لا يقال: المانع وهو الشبهة موجود كما في الاستيفاء ، والشهادة على الشهادة لأنها في الشرط لا يصلح مانعا لعدم تعلقه بالوجوب والظهور والوجود ، بخلاف الاستيفاء فإنه يتعلق به الوجود ، وبخلاف الشهادة على الشهادة فإنه يتعلق بها الظهور ، وعلى هذا الخلاف إذا وكل المطلوب بالقصاص وكليا بالجواب بدفع ما عليه . وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لأن الشبهة المذكورة على تقدير كونها معتبرة لا تمنع الدفع ، ألا ترى أن الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال في الغفوة صحيحة ، لكن هذا الوكيل لو أقر في مجلس القضاء بوجوب القصاص على موكله لم يصح استحصانا ، والقياس صحتها ، لقيامه مقام الموكل بعد صحة التوكيل كما في الإقرار بسائر الحقوق . ووجه الاستحصان ما قاله من شبهة علم

(وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً . وقالوا : يجوز التوكيل بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعي رحمه الله . ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في لزوم .

كما هو قول أبي حنيفة فخلافة هنا عجيبة ، والله تعالى أعلم . ثم وجه عدم صحة إقرار الوكيل من جهة المطلوب هنا وجوازه في غيره أن الوكالة بالخصومة انصرفت إلى الجواب مطلقاً نوعاً من المجاز فتعتبر عمومها فيما لا يندرج بالشبهات ونخص منه الاعتراف فيما يندرج بالشرع العام في الدرة بالشبهات : وفي اعتراضه شبهة عدم الأمر به (قوله وقال أبو حنيفة رحمه الله : لا يجوز التوكيل بالخصومة) من قبل المدعى أو المدعى عليه (إلا برضا الخصم) إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مسيرة ثلاثة أيام فصاعداً (وقالوا : يجوز) ذلك (بغير رضا الخصم) وهو قول الشافعي رحمه الله قال المصنف رحمه الله (ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في لزوم) قالوا : فلي هذا ، معنى قولنا لا يجوز التوكيل إلخ لا يباين إلا برضا الآخر . وأنكر بعض الشارحين ما اتفق عليه غيره من التفسير المذكور بسبب أن المفهوم من عبارة محمد والحسن والطحاوي وكثير خلاف ذلك ، وساق عباراتهم فلم ترد على ما دأبوه من نحو قول القدوري المسطور هنا ، وهو لا يجوز التوكيل إلا برضا الخصم ، وهم قد عادوا ذلك ولم يشكوا فيه ، وإنما فسروه بذلك . وسبق المصنف خمس الأعمدة إلى ذلك فقال : التوكيل بالخصومة عنه بغير رضا الخصم صحيح ، لكن للخصم أن يطلب الخصم أن يحضر بنفسه ويحجب ، ونحو هذا كلام كثير مما يفيد أنه المراد مما ذكرناه . وسبب ذلك أنه لما لم يعرف لأحد القول بأنه إذا وكل فلان خصمه فرضي لا يكون رضاه كافياً في توجه خصومة الوكيل ولا تسمع حتى يجده له وكالة أخرى على ما هو مقتضى الظواهر التي ساقها علموا أن المراد بلا يجوز إلا برضاه أنها لا تعضى على الآخر وتلزم عليه إلا أن يرضى ، ومعنى هذا ليس إلا أن الزوم عليه موقوف على رضاه وهو معنى التأويل المذكور ، ومن العبارات التي نقلها ما عن أبي حنيفة : لا أقبل وكالة من حاضر صحيح إلا أن يرضى خصمه ، وهي قريبة من التفسير المذكور . والحاصل أنه يجب التعويل على ما ذكره القوم حتى أنه إذا وكل فرضي الآخر لا يحتاج في سماع خصومة الوكيل إلى تجديد وكالة كما هو لازم ، واعتبر من ظاهر العبارة

الأمر به . قال (وقال أبو حنيفة : لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم) اختلف الفقهاء في جواز التوكيل بالخصومة بدون رضا الخصم . قال أبو حنيفة رحمه الله : لا يجوز التوكيل بها إلا برضاه سواء كان الموكل هو المدعى أو المدعى عليه إلا بالمرض أو السفر (وقالوا : يجوز التوكيل بها من غير رضا الخصم وهو قول الشافعي رحمه الله) قال المصنف (ولا خلاف في الجواز إنما الخلاف في لزوم) ومعناه أنه إذا وكل من غير رضاه وهل يرتد برده أولاً ؟ عنده يرتد بخلافه فلي هذا يكون قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة إلا برضا الخصم مجازاً لقوله ولا يلزم ذكر الجواز وأراد الزوم ، فإن الجواز لازم للزوم فيكون ذكر اللزوم وأراد اللزوم . وفيه نظر لأننا لنسلم أن الجواز لازم للزوم عرف ذلك في أصول الفقه . سلمنا ذلك لكن ذلك ليس بمجاز . والحق أن قوله لا يجوز التوكيل بالخصومة

(قوله وفيه نظر لأننا لنسلم أن الجواز إلخ) أقول : الظاهر أنه حمل الجواز على الإمكان العام للتقيد بجانب عدم لزومه لزوم ما لا يقبل المنع (قوله ليس بمجاز) أقول : بل كناية كما صرح به في المفتاح ، وفي بحث ، فقام صرحوا بأن الصيغة في الفرق بين المجاز والكناية هو جواز إرادة المنع للوضوح له ولم جوازها ، ولا تعويل على ما ذكره الكاكي ، كيف وقد أعرف هو أيضاً بأن ما ذكره تنكّل ارتكبه لقطع فراقه .

لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضى الديون . وله أن الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره ، والناس متفاوتون في الخصومة ، فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر ، بخلاف المريض والمسافر لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك ،

(لهما أن التوكيل) بالخصومة (تصرف في خالص حقه) لأن الخصومة حقه الذي لا يصد عنه فاستأنبه فيه تصرف في خالص حقه (فلا يتوقف على رضا غيره) وصار (كالتوكيل) بغير ذلك بتقاضى الديون . وله أن جواب الخصم مستحق على خصمه ، ولا مستحقا له يستحضره الحاكم قبل أن يثبت له عليه شيء إيجابه عما يدعيه عابه . وغاية ما ذكرتم أنه تصرف في خالص حقه لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يتبدل إذا لم يتبدل إلى الإضرار بغيره (و لا شك أن الناس متفاوتون في الخصومة) كما صرح قوله عابه الصلاة والسلام «إنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من الآخر فأنضى له ، فمن قضيت له بحق أخيه فإيما دى قطعة من نار» ومعلوم أن التوكيل إنما يقصد عادة لاستخراج الخيل والدعاوى الباطلة ليغلب وإن لم يكن الحق معه ، كما أناده الحديث المذكور ، وفي هذا ضرر بالآخر فلا يزام إلا بالترامه ، وصار (كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين) فإنه تصرف في خالص حقه ، ومع هذا لما كان متضمنا الإضرار بالآخر كان له فسخها ، وكمن استأجر دابة ليركبها لإجارتها ليأبها تصرف في حقه ومماوكة ، ومع ذلك لا يجوز لما فيه من الإضرار بالمؤجر إذ كان الناس مختلفون في الركوب ، بخلاف ما قاس عليه من التوكيل بتقاضى الدين فإنه بحق ثابت معلوم يقبضه من غير ضرر على الآخر فيه فإن القبض معلوم يجنس حقه وعلى المطالب أن يقضى ما عليه ، ولا يتقاضى حقه معلوم إذا تجاوزه منع منه ، بخلاف الخصومة فإن ضررها أشد من شدة التقاضى ، وعدم المسامحة في القبض لتضمينها التحمل على إثبات

إلا يرضى الخصم في قوة قولنا التوكيل بالخصومة غير لازم ، بل إن رضى به الخصم صبح وإلا فلا حاجة إلى قوله ولا خلاف في الجواز وإلى التوجيه يجعله مجازا (لهما أن التوكيل تصرف في خالص حقه) لأنه وكاله بالجواب والخصومة لدفع الخصم عن نفسه وذلك حقه لا محالة ، والتصرف في خالص حقه لا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بالتقاضى : أى قبض الديون وإيفائها . ولأن حقيقة رحمه الله : إنا لا نسلم أنه تصرف في خالص حقه ، فإن الجواب مستحق على الخصم . ولهذا يستحضره في مجلس القاضى ، والمستحق للغير لا يكون خالصا له . سلمنا خلوصه له لكن تصرف الإنسان في خالص حقه إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره ، وهاهنا ليس كذلك لأن الناس متفاوتون في الخصومة ، فلو قلنا بلزومه لتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك إذا كاتبه أحد الشريكين فإنها تتوقف على رضا الآخر ، وإن كان تصرفا في خالص حقه لمكان ضرر شريكه فيتخير بين الإمضاء والفسخ (قوله بخلاف المريض) بيان وجه مخالفة المستثنى للمستثنى منه ، وذلك أن الجواب غير مستحق عليهما فكان خالص حقه ويزاد

(قوله في قوة قولنا التوكيل الخ) أقول : فيه نظر ، فلما لا نسلم أنه في قوة ما ذكره ، فإن مدلوله اشتراط صحة التوكيل برضا الخصم لا اشتراط لزومه به . والحاصل أن نفي الجواز أحسن بناء على أن نقيض الأخص من نفي الأخص من نفي الزوم ، والمقصود بالإفادة هنا هو الثاني لا الأول إذ لا خلاف فيه (قوله وإلا فلا) أقول : هذا مناف لفرسه (قوله لأنه وكاله الخ) أقول : أنت غير يقصود الدليل من إفادة المدعى فإنه كان عاما لتوكيل المدعى أيضا (قوله والمستحق الغير) أقول : يعنى المستحق للمدعى (قوله فكان خالص حقه) أقول : الظاهر أن يقال حقهما إلا أنه راعى عبارة الدليل فنهى ، والفحوى في قوله حقه راجع إلى الموكل .

ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم إذا أراد السفر لتحقيق الضرورة ، ولو كانت المرأة غفيرة لم تجز عاداتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال الرازي رحمه الله : يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحجها لحائتها فيلزم توكيلها . قال : وهذا شيء استحسنه المتأخرون .

مالم يس ثابته أو دفع ما هو ثابت فلا يقبل بغير رضاه ، إلا إذا كان معذورا وذلك بسفره فإنه يعجز عن الجواب بنفسه مع غيبته أو مرضه ، وتوكيل على رضى الله عنه وغيره بالخصومة إن لم يفعل فيه استرضاء الخصم لم ينقل عدمه فهو جائز الوقوع فلا يدل لأحد . قال شمس الأئمة : والذي تختاره أن القاضي إذا علم من المدعى التهمة في إرائته التوكيل يقبله من غير رضاه ، وإذا علم من الموكل القصد إلى الإضرار بالتوكيل لا يقبله إلا برضا الآخر فيتضام وقع الضرر من الجانبين . ثم ذكر في حد المرض : إن لم يستطع المشي ويقدر على الركوب ولو على إنسان أكن يزداد مرضه صح التوكيل ، وإن لم يزد اختلوا فيه . والصحيح أن له أن يوكل لأن نفس الخصومة مظنة زيادة سوء المزاج ألا يلزم به (وكما يلزم التوكيل من المسافر يلزم) من الحاضر (عند إزادة السفر) غير أن القاضي لا يصدق في دعواه بإرادته فينظر إلى زيه وعدة سفره ويسأله مع من يريد أن يخرج فيه آل رفقائه عن ذلك ، كما إذا أراد فسخ الإجارة بعذر السفر فإنه لا يصدق إذا لم يصدق الآخر فيسأل كما ذكرنا ، فإن قالوا نعم تحقق العذر في فسخها (قوله ولو كانت المرأة غفيرة قال الرازي) وهو الإمام الكبير أبو بكر الجصاص أحد بن علي الرازي (يلزم التوكيل) منها (لأنها لو حضرت لم تستطع أن تنطق بحجها لحائتها فيلزم توكيلها) أو يضيع حقها : قال المصنف رحمه الله وهذا شيء استحسنه المتأخرون يعني إما على ظاهر إطلاق الأصل بغيره . عن أبي حنيفة لا فرق بين البكر والأب المخذرة والبرزة ، والفتوى على ما اختاروه من ذلك ، وحينئذ فتخصيص الرازي ثم تعميم المتأخرين ليس إلا لفائدة أنه المبتدئ بتفريع ذلك وتبعوه . ثم ذكر في النهاية في تفسير المخذرة عن البردوي أنها التي لا يراها غير المحارم من الرجال . أما التي جلبت على المنصة فرأها الرجال لا تكون غفيرة ، وليس هذا بجدي ، بل أذكره المصنف من قواه وهي التي لم تجز عاداتها بالبروز ، فأما حديث المنصة فقد يكون عادة العوام فتعذب بها والدتها ثم لم يعهد لها بروز ومخالطة في قضاء حوائجها بل يفعله غيرها لها (يلزم توكيلها) لأن في إزائها بخواب تضيق حقها ، وهذا شيء استحسنه المتأخرون وعليه الفتوى . ثم إذا وكلت فلزمها عيّن بهت الحاكم إليها ثلاثة من المدول يستدلفها أحدهم ويشهد الآخرون على عيبتها أو نكولها . وفي أدب القاضي لأصدر الشهود : إذا كان المدعى عاجزا مرضيا أو مخذرة وهي التي لم يعهد لها خروج إلا للضرورة . فإن كان القاضي مأذونا بالاستخلاف بعث نائباً يفصل بالخصومة هناك

جوابا عن التنزل بأن توقع الضرر اللازم بالمرض والسفر من آفات التأخير والموت أشد من اللازم بتفاوت الجواب فيحمل الأسهل ، والمرض المانع عن الحضور هو الذي يمنع عنه مطلقا . وأما المستطیع بظهور الدابة أو الحمل فإذا ازداد مرضه صح التوكيل وإن لم يزد . قال بعضهم : هو على الخلاف ، وقال بعضهم : له أن يوكل وهو الصحيح ، وإزادة السفر كالسفر في صحة التوكيل لتحقيق الضرورة لكن لا يصدق منه دعوى ذلك إلا بالنظر إلى زيه وعدة سفره أو بالسؤال عن رفقائه كما في فسخ الإجارة (ولو كان الخصم امرأة مخذرة وهي من لم تجز عاداتها بالبروز وحضور مجلس الحكم . قال أبو بكر الرازي : يلزم التوكيل لأنها لو حضرت لم يمكنها أن تنطق بحجها لحائتها فيلزم توكيلها . قال المصنف وهذا شيء استحسنه المتأخرون) وأما في الأصل فإنه لا فرق عند أبي حنيفة بين الرجل والمرأة المخذرة وغيرها البكر والتيب في عدم جواز الوكالة إلا بالعنبرين المذكورين ، وعندهما كذلك

(قال : ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام)

ولم يكن بحث أمينوا شاهدين يعرفان المرأة والمريض ، فإن بعثهما يشهدان على إقرار كل منهما أو إنكاره مع البين لينقله إلى القاضي ، ولا بد للشهادة من المعرفة ، فإذا شهدا عليها قال الأمين وكل من يحضر مع خصمك مجلس الحكم فيحضر وكيله ويشهدان عند القاضي بإقراره أو نكوله لتقام البينة على ذلك الوكيل . وأو توجه يمين على أحدهما عرضه الأمين عليه ، فإن أبى الخلف عرضه ثلاثاً ، فإذا نكل أمره أن يوكل من يحضر المجلس لأشهادا على نكوله بحضرته ، فإذا شهدا بنكوله حكم القاضي عليه بالدعوى بنكوله . قال السرخسي : هذا اختيار صاحب الكتاب ، فإنه لا يشترط للقضاء بالنكول أن يكون على أثر النكول . فأما غيره من المشايخ فشرطوه فلا يمكن القضاء بذلك النكول ، فقال بعضهم : الأمين يحكم عليهما بالنكول ثم يقامه الشاهدان إلى القاضي مع وكيلهما فيدضيه القاضي . وقال بعضهم : يقول القاضي للمدعي أتريد حكماً يحكم بينكما بذلك ثمة ؟ فإذا رضى بعث أميناً بالحكم إلى الخصم بخبره بذلك ، فإذا رضى بحكمه وحكم ، فإن كان ما لا اختلاف فيه فذلك ، وإن كان فيه خلاف توقف على إرضاء القاضي . والرضاء بالنكول يختلف فيه ، فإذا أضاءه فذلك على الكل . وفي الأخيرة من الأعداء التي توجب لزوم التوكيل بغير رضا الخصم . عند أبي حنيفة رحمه الله : حبس المرأة إذا كان القاضي يقضي في المسجد ، وهذه على وجهين : إن كانت طالبة قبل منها التوكيل بغير رضاه ، أو مطالبة إن أضرها الطالب إلى أن يخرج القاضي من المسجد لا يقبل توكيلها بغير رضا الطالب . ولو كان الموكل مجبوساً فعلى وجهين ، إن كان في حبس هذا القاضي لا يقبل التوكيل بالرضاء لأن القاضي يخرج من السجن ليخاصم ثم يعيده ، وإن كان في حبس الوالي ولا يمكنه الوالي من الخروج بالخصومة يقبل منه التوكيل (قوله ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل يملك التصرف وتلزمه الأحكام) فهذان شرطان للوكالة في الموكل . قيل إنما يستقيم الأول على قولهما ، أما على قوله فلا لأنه يجوز توكيل المسلم الذي يبيع خمر وشرائها والمسلم لا يملكه ، بل الشرط عنده كون الوكيل مالكا لذلك التصرف الذي وكل به . وأجاب بعضهم بأن المراد بملكه للتصرف أن تكون له ولاية شرعية في جنس التصرف بأهاية

في جوازها . وقال ابن أبي ليلى : تقبل من البكر دون الثيب والرجل . قال (ومن شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف وتلزمه الأحكام) قال صاحب النهاية : إن هذا التقييد وقع على قول أبي يوسف ومحمد . وأما على قول أبي حنيفة فن شرطها أن يكون الوكيل ممن يملك التصرف ، لأن المسلم لا يملك التصرف في الخمر ، ولو وكل به جاز عنده ، ومنشأ هذا التوهم أن جعل اللام في قوله يملك التصرف العهد : أي يملك التصرف الذي وكل به وأما إذا جعلت للمجنس حتى يكون معناه يملك جنس التصرف احترازاً عن الصبي والمجنون فيكون على مذهب الكل

(قوله قال صاحب النهاية : إن هذا التقييد للبحر) أقول : في المكان : اعلم أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لأن التوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ، ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه غيره ، وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد . وأما على قول أبي حنيفة فالشرط أن يكون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل ، فإذا أن يكون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنه توكيل المسلم الذي يهزم الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الخلال ببيع الصيد . وقيل المراد به أن يكون مالكا للتصرف نظراً إلى أصل التصرف وإن امتنع لما رخص ، وبيع الخمر لا يجوز للمسلم في الأصل وإن امتنع لما رخص التبيات . قيل هذا لوجعل اللام للعهد يستقيم الكلام على منع أبي حنيفة أيضاً فلا يتأمل (قوله ومنشأ هذا التوهم) أقول : سبقه إلى هذا الكلام الإقاضي (قوله حتى يكون معناه يملك جنس التصرف) (قوله أي يملك جنس التصرف الذي يملكه غيره) قوله احتراز عن الصبي

لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل فلا بد أن يكون الموكل مالكا ليعلمه من غيره .

نفسه بأن يكون بالغا عاقلا ، وهذا حاصل في توكيل المسلم الذي يبيع خمر وشراؤها ، ثم حمد الله تعالى على ما هداه لذلك وهو خطأ إذ يقتضى أن لا يصبح توكيل الصبي المأذون لعدم البلوغ وليس بصحيح ، بل إذا وكل الصبي المأذون يصبح بعد أن يعقل معنى البيع . وأورد عليه ما إذا قال بيع عبدي هذا بعدد أو اشترى بي به عبداً أصبح التوكيل مع أنه لا يصبح مباشرة الموكل لمثل هذا ، كما لو قال لغيره يبتك هذا بعدد أو اشترى بي هذا منك بعدد لا يجوز . أوجب بالفرق بين التوكيل والمباشرة في الجهة ، فإنها إنما تمتنع في المباشرة لا التوكيل ، وذلك لأنها إنما تمتنع لإفضاها إلى المنازعة لا لذاتها ، ولذا لم تمتنع في بعض البيوع كبيع قفيز من صبرة طعام حاضر أو شرائه ، وجهالة الوصف

وهو المراد بدليل قوله ممن يملك التصرف حيث لم يقل أن يكون الموكل يملك التصرف فإن الأنسب بكلمة من جنس التصرف (قوله وتلزمه الأحكام) يحتمل أحكام ذلك التصرف و جنس الأحكام ، فالأول احتراز عن الوكيل إذا وكل فإنه يملك ذلك التصرف دون التوكيل لأنه لم تلزمه الأحكام ، وعلى هذا يكون في الكلام شرطان . والثاني احتراز عن الصبي والمجنون ويكون ملك التصرف ولزوم الأحكام شرطا واحداً ، وهذا أصح لأن الوكيل إذا أذن له بالتوكيل صح والأحكام لا تلزمه . فإن قلت : إذا جعلتهما شرطا واحداً لزمك الوكيل فإنه ممن يملك جنس التصرف ويلزمه جنس الأحكام ولا يجوز توكيله . قلت : غلط ، فإن وجود الشرط لا يستلزم وجود المشروط لاسيما مع وجود المانع وهو فوات رايه (قوله لأن الوكيل) دليل اشتراط ما شرط به ، وذلك لأن الوكيل يملك التصرف من جهة الموكل لكونه نائباً عنه فيكون التوكيل تمليك التصرف وتمليك التصرف ممن لا يملكه محال . ولقائل أن يقول : الوكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل أو التصرف الذي وكل فيه ، والثاني مسلم وينتقص بتوكيل المسلم الذي يبيع الخمر ، والأول ممنوع فإنه يملكه بأهليته ولهذا لو تصرف لنفسه صح . والجواب أن الوكيل من حيث هو وكيل يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة عن الوكيل فيما تصرف فيه بطريق الوكالة وتصرفه لنفسه ليس بطريق الوكالة ولا الكلام فيه . ولا ينافيه أيضاً لجواز ثبوت شيء بأمرين على البديل . والحاصل أن من شرط الوكالة أن يكون الموكل من يملك جنس التصرف ويملكه الوكيل بحيث يلزمه أحكام ما يباشره

أقول : يبقى المحذور (قوله فإن الأنسب بكلمة من جنس التصرف الخ) أقول : لا يفتنى عليك أن مدخول كلمة من هو قوله من يملك دون التصرف . والجواب أن مراده أن المالك للتصرف المخصوص لا يتعد حتى يستعمل إدخال « من » في من يملك ، لكن ظاهر أن المراد أيضا جنس التصرف المخصوص فذلك قال : فإن الأنسب الخ ، ثم إن الأصلية قد فاتت في قوله ويقصده كما لا يخفى (قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف) أقول : أي التصرف الموكل به (قوله و جنس الأحكام) أقول : أي جنس أحكام جنس التصرف (قوله فالأول) أقول : يعني قوله يحتمل أحكام ذلك التصرف (قوله لأنه لم يلزمه الأحكام) أقول : متى لا يملك الوكيل بالشراء للمبيع ولا الوكيل بالمبيع الخ (قوله والثاني) أقول : يعني قوله و جنس الأحكام (قوله احتراز عن الصبي الخ) أقول : يعني الصبي المحذور ، ولعل مراده أنه يكون للاحتراز عنها . لا يقال : الصبي قد يلزمه الأحكام كما إذا باع واشترى أبوه له ، لأن المراد جنس أحكام التصرف الذي يباشره بنفسه (قوله وهذا أصح) أقول : ويؤيده تخصيص المعطوف عليه بإقامة الدليل (قوله قوله لأن الوكيل دليل الخ) أقول : صورة القياس الموكل يملك التصرف للوكيل وكل من هذا شأنه يجب أن يكون مالكا للتصرف ، وقوله لأن الوكيل إشارة إلى دليل الصغرى ، وقوله فلا بد الخ إلى الكبرى (قوله ما شرطت به) أقول : يعني ما شرطت الوكالة به (قوله والجواب أن الوكيل الخ) أقول : كيف يقال هذا إذا وكل ذمياً يبيع هذا الخمر فإنه لا يعقل فيه ما ذكره (قوله يملك جنس التصرف من جهة الموكل على أن الملك يثبت له خلافة الخ) أقول : أي يملكه من جهة الموكل على هذا الوجه (قوله بحيث يلزمه أحكام الخ) أقول : فيجب ، لاستلزامه أن لا يصبح توكيل الوكيل المأذون له به لفقد شرطه ، فأمر أسرع مالى ماقتضى بداهة .

(و) بشرط أن يكون (الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده) لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فيشترط أن يكون من أهل العبارة حتى لو كان صبياً لا يعقل أو مجنوناً كان التوكيل باطلاً .

لا نفرض إلهاً في التوكيل لأنه ليس بأمر لازم ، بخلاف المباشرة للزومها ، ثم إذا صح التوكيل بذلك فإن كان بالشراء فاشترى عبداً بغير عينة لا يجوز ، كما لو اشترى الموكل بنفسه أو بعينه إن كانت قيمته مثل قيمة العبد الثمن أو أقل مما لا يتباين فيه لا يجوز ، وكذا في الوكالة بالبيع ذكره في النخبة . ولا يخفى أن قوله فإن كان بالشراء فاشترى عبداً بغير عينة لا يجوز ، كما لو اشترى الموكل بنفسه ليس على إطلاقه لما عرف من مذهبه في شراء أحد العبدین أو الثوبين أو الثلاثة بغير عينة على أن يأخذ أيهما شاء يصح وهي مذكورة في خيار الشرط من الهداية . وأما الشرط الثاني وهو قوله وتلزمه الأحكام فلأن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل فلا بد من كون الموكل يملكه . ثم قيل : هو احتراز عن توكيل الوكيل فإن الوكيل لا يثبت له حكم تصرفه وهو الملك ، فلا يصح توكيله إلا أن يصرح به حقيقة أو معنى كما سنذكره . وقيل بل عن الصبي والعبد المحجورين فإنهما لو اشترى شيئاً لا يملكه فلا يصح توكيلهما وصح . وأورد على هذا الوجه أنه يلزم صحة توكيل الوكيل بسبب أنه يملك التصرف فيملكه تملكه . والجواب أن ملكه شرط جواز تملكه لعلته ليلزم من وجوده الوجود فجاز أن لا يوجد عند وجود الشرط لفقد شرط آخر كما مع فقد العلة (قوله ويشترط إلى آخره) ما تقدم شرط الوكالة في الموكل وهذا شرطها في الوكيل وهو كونه ممن يعقل العقد ويقصده ، أى يعقل معناه : أى ما يلزم وجوده من أنه سالب بالنسبة إلى كل من المتعاقدين جالب إلى كل منهما ، فيسلب عن البائع ملك المبيع ويوجب له ملك البذل وفي المشتري قلبها ويقصده لفائدته وقول بعضهم ١ إن هذا الشرط احتراز عن المزل : يعنى أن من شرط الوكالة أن لا يزل الوكيل في البيع والشراء

الوكيل لأهليته في كل فرد فرد ، سواء كان الموكل يملكه أولاً لعارض عرض في بعض ذلك لأن منابها على التوسع . ويشترط أن يكون الوكيل ممن يعقل العقد أن البيع سالب والشراء جالب ويعرف الغبن اليسير والغبن الفاحش ، وهو احتراز عن الصبي الذي لم يعقل والمجنون ، ويقصده بأن لا يكون هازلاً لأنه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد وأن يكون من أهل العبارة ، وهذا يشير إلى أن معرفة الغبن اليسير من الفاحش ليست بشرط في صحة التوكيل . لكن ذكر في الكتاب أن ذلك شرط ، وهو مشكل لأنهم اتفقوا على أن توكل الصبي الماعقل صحيح ومعرفة أن ما زاد على هذه نية في المتاع وهذه بازده في الحيوان وهذه وازده في العقار وما يدخل تحت تقويم المقومين مما لا يطلع عليه أحد

(قوله ويقصده الخ) أقول : فيه تأمل ، والتظاهر أن قوله ويقصده صلف تفسيره على قوله ممن يعقل العقد الخ لا شرط آخر ، ويؤيده أنه لم يستل عليه بذليل نفسه ، وأيضاً عدم كونه هازلاً في العقد شرط صحة ذلك العقد لا شرط صحة الوكالة (قوله لأنه يقوم مقام الموكل الخ) أقول : هذا تمثيل لقوله ويشترط أن يكون الوكيل الخ (قوله وهذا) أقول : يعني التمثيل أشار به إلى قوله لأنه يقوم الخ (قوله ويشترط) أقول : حيث أكتفى بمجرد كونه من أهل العبارة (قوله ليست بشرط الخ) أقول : ولهذا لم يذكرها العلامة النسفي في الكافي ، ولم يزد في تفسير قوله يعقل العقد على أن قال : أى يعرف أن الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه (قوله ومعرفة أن ما زاد إلى قوله : ما لا يطلع) أقول : ومعرفة مبتدأ ، وقوله ما لا يطلع خبره (قوله ما لا يطلع عليه أحد الخ) أقول : مسلم فإنما ترى كثيراً من الصبيان يعرف ذلك من غير اشتغال بعلم القلق بل بالبائع من الصفات وكثرة المباشرة بالمعاملات ، ثم قد يقام التمكن من الشيء مقام ذلك الشيء كما سبق في مباحث علم قبول شهادة الأعمى في هذا الكتاب ، وأما فيما نحن فيه فالتمكن من المعرفة بالمقل وذلك موجود في الصبي الذي كلفنا فيه فليتأمل .

(١) قول الكمال وقول بعضهم الخ) مبتدأ خبره أى ارتباط الخ : أى يقال لذلك البعض لى ارتباط الخ كذا هاشم الأصل .

(وإذا وكل الحر العاقل البالغ أو المأذون مثلهما جاز) لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة (وإن وكلا صبيًا معجورا يعقل البيع والشراء أو عبداً معجورًا جاز ، ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما) لأن الصبي

أى ، ارتباط بين صحة الوكالة ، وكون الوكيل هزل في بيع ولو كان في بيع ما وكل بيعه غايته أن لا يصبح ذلك البيع والوكالة صحيحة ، وخرج به الصبي الذى لا يعقل ذلك والمجنون فلا تصح وكالة أحدهما وإنما اشترط ذلك في الوكيل لأنه قائم مقام الموكل في العبارة ، والموكل لا يصبح عقده وعبارته به إلا إذا كان يعقل ذلك ، وأما زيادة عقلية الغبن الفاحش من غيره فلا ينبغي اشتراطه . نعم إن وكله بأن يبيعه لافين فاحش فحينئذ ينبغي أن تصح الوكالة . ويشترط في صحة بيع الوكيل أن يتعرفه قبل بيعه (قوله وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) وأطلق في المأذون ليشمل كلا من العبد والصبي المأذونين في التجارة لاجتماع الشروط وهى ملك الموكل التصرف ولزوم الأحكام وعقلية الوكيل معنى المقدر ، ولم يذكر العقل مع البلوغ لأن اشتراط العقل يعرفه كل أحد ، ومعلوم أيضا أن قوله مثلهما ليس بقيد بل مثلهما أو أعلى حالا منهما كتوكيل العبد المأذون حرًا أو دونهما كتوكيل الحر البالغ عبداً مأذوناً (قوله وإن وكل صبيًا معجورًا عليه يعقل البيع والشراء أو عبداً معجورًا عليه جاز ولا تتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما) هذا الكلام له منطوق ومفهوم ، فنطوقه ظاهر ، ووجهه ما ذكر المصنف (من أن الصبي) أى

إلا بعد الاشتغال بعلم الفقه (وإذا وكل الحر البالغ أو المأذون مثلهما جاز) ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بطريق الأولى لأن الموكل مالك للتصرف والوكيل من أهل العبارة . وكل وكالة كان الموكل مالكا للتصرف والوكيل من أهل العبارة فيها صحيحة لما تقدم ، وإن وكل الحر البالغ صبيًا معجورًا عليه ، أو عبداً معجورًا عليه أو فعل المأذون ذلك جاز لانقضاء ما يمنع ذلك ، أما من جانب الموكل فظاهر ، وأما من جانب الوكيل فلا لأن الصبي من أهل العبارة ولهذا ينفذ تصرفه بإذن وليه والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له ، وإنما لا يملك في حق المولى والتوكيل ليس تصرفاً في حقه ، إلا أنه لا يصح منهما التزام المهددة : الصبي لتقصير أهليته ، والعبد لحق سيده . ويعلم من هذا التعليل أن العبد إذا اعتق لزومه المهددة لأن المانع من لزومها حق المولى وقد زال ، والصبي إذا بلغ لم تنزعه

(قال المصنف وإذا وكل الحر البالغ أو العبد المأذون مثلهما جاز) أقول : قال صدر للشرية : ولو قال كلا منهما كان اشمل لتناوله توكيل الحر البالغ مثله والمأذون وتوكيل المأذون مثله والحر البالغ ، والمراد بالمأذون الصبي العاقل الذى أذنه الرولى والعبد الذى أذنه المولى انتهى وفيه تأمل (قوله أو المأذون البالغ) أقول : لم يقد البالغ هنا وقع سهواً (قوله ويفهم جواز توكيل من كان فوقهما بالغ) أقول : ما فوق الحر البالغ هو الحر البالغ الكائن من أهل دار الإسلام المسلم ، فإن النوع قد يتقدم وتبته على الجنس كما مر في موضعه (قوله لأن الموكل مالك التصرف بالغ) أقول : لأن الموكل لتليل لقوله جاز ، ولكن يقيها بحث ، فإنه لو صح هذا التليل لزم صحة توكيل الوكيل الغير المأذون به لجرائه فيه بيته ، إلا أن يعتبر فيه علم للمانع في الكبرى . أو يقال : المراد بالوكالة التصرف هو المالكية استقلالاً من غير استفادة من غير وفيه شيء نخرج توكيل الوكيل المأذون به ، والظاهر أن الشكوك له مقصود أيضا (قال المصنف : والعبد من أهل التصرف) أقول : كان اللاحق بحسب الظاهر أن يقول : والعبد أيضا من أهل العبارة ، إلا أنه ملك هذا الطريق لتكفله ببيان أهلية العبارة مع دفع ما يرى ظاهرا من علم جواز هذا التوكيل لكونه بمنزلة جاد لا يتقدم على شيء فليتأمل .

من أهل العبارة؛ ألا ترى أنه يشذ تصرفه بإذن وليه، والعبد من أهل التصرف على نفسه مالك له وإنما لا يملكه في حق المولى، والتوكيل ليس تصرفاً في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة. أما الصبي لقصور أهليته والعبد لحلق سيده فتلزم الموكل. وعن أبي يوسف رحمه الله أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو مجنون له خيار الفسخ لأنه دخل في العقد على أن حقوقه تتعلق بالعاقدة، فإذا ظهر خلافه بتخير كما إذا عثر على عيب.

العاقل (من أهل العبارة) حتى (نفذ تصرفه بإذن وليه، والعبد) من أهل التصرف في (حق نفسه مالك له، وإنما لا يملكه في حق المولى، والتوكيل ليس تصرفاً) من الموكل (في حقه إلا أنه لا يصح منهما التزام العهدة، فالصبي لقصور أهليته والعبد لحق سيده فتلزم الموكل) ويعرف من كون انتفاء تعلق الحقوق بالعبد لحق السيد أنه لو أعتق بعد أن باشر الشراء لزمته الحقوق، بخلاف الصبي لو باشر ما وكل به ثم بلغ لاترجع إليه. وأما مفهومه فهو أن الوكيل لو كان صبياً مأذوناً أو عبداً مأذوناً تعلقت الحقوق بهما لكنه ليس بمطلق بل ذكر فيه تفصيلاً في الأخيرة قال: إن كان الوكيل صبياً مأذوناً، فإن وكل بالبيع بشمن حال ومؤجل فباع لزمته العهدة أو بالشراء إن كان بشمن مؤجل لاتلزمه العهدة قياساً واستحساناً فيطالب البائع بالثمن الأمر للصبي، وذلك لأن ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة لا ضمان ثمن، لأن ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيد الملك للضامن وإنما التزم مالا على موكله استوجب مثله في ذمته وهو معنى الكفالة، والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن لا ضمان كفالة. وأما إذا وكله بالشراء بشمن حال فالقياس أن لاتلزمه العهدة. وفي الاستحسان تلزمه لأن للصبي ملكاً حكياً في المشتري فإنه يجبىء بالثمن عن الموكل حتى يستوفيه كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه. والصبي المأذون من أهل أن يلزمه ضمان الثمن، بخلاف ما إذا كان الثمن مؤجلاً لأنه بما يضمن من الثمن لا يملك المشتري لأحققة ولا حكماً فإنه لا يجبىء عن الموكل إلى الاستيفاء، والعبد إذا توكل على هذا التفصيل. ثم اعلم أن العبد والصبي المحجورين وإن

لأن المانع قصور أهليته حيث لم يكن ملزماً في حق نفسه وفي هذا الوقت فلهذا لم يلزمه بعد البلوغ، وإنما قيد بقوله محجوراً عليه فيهما إشارة إلى أنهما لو كانا مأذونين تعلق الحقوق بهما لكن بتفصيل وهو أن الصبي المأذون إذا وكل بالبيع فباع لزمه العهدة سواء كان الثمن حالاً أو مؤجلاً، وإذا وكل بالشراء بشمن مؤجل لم يلزمه قياساً واستحساناً بل يكون على الأمر يطالبه البائع بالثمن لأن ما يلزمه من العهدة ليس بضمان ثمن لأن ضمان الثمن لا يفيد الملك للضامن في المشتري، وليس هذا كذلك وإنما هذا التزم مالا في ذمته استوجب مثل ذلك على موكله وذلك معنى الكفالة، والصبي المأذون يلزمه ضمان الثمن ولا يلزمه ضمان الكفالة، وأما إذا وكل بالشراء بشمن حال فالقياس أن لا يلزمه العهدة. وفي الاستحسان يلزمه لأن ما التزمه ضمان ثمن حيث ملك المشتري من حيث الحكم، فإنه يجبىء بالثمن حتى يستوفى من الموكل كما لو اشترى لنفسه ثم باعه منه، والصبي المأذون من أهل ذلك. والجواب في العبد المأذون أيضاً على هذا التفصيل (وعن أبي يوسف أن المشتري إذا لم يعلم بحال البائع ثم علم أنه صبي أو عبد) وفي بعض النسخ مجنون والمراد به من يجن ويفيق (له خيار الفسخ) لأنه مارضى بالعقد إلا على أن الحقوق تتعلق بالعاقدة، فإذا ظهر خلافه بتخير كما إذا عثر على عيب لم يرض به.

لم تتعلق بهما الحقوق فلقبضهما الثمن وتسليمها المبيع اعتبارا لما ذكر في الكتاب بعد هذا في التوكيل بعقد السلم فقال : والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصبح قبضه وإن لم تتعلق بهما الحقوق كالصبي والعبد . وفي المبسوط : إن كان المأخوذ مرتداً جاز بيعه لأنه من أهل العبارة المعتبرة ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبي حنيفة ، فإن أسلم كانت العهدة عليه وإلا فعمل الأمر . وعندهما العهدة عليه على كل حال وهو نظير اختلافهم في تصرفات المرتد لنفسه يباع وشراء ، ونظير الصبي والعبد المحجورين في عدم تعلق الحقوق الرسول والقاضي وأمينه (قوله والعقد) ..

هذا ما انتهى إليه كلام الإمام الكمال بن الهمام رحمه الله ،

ويليه

تكملة شمس الدين أحمد بن قودر المعروف بقاضي زاده المتوفى سنة ٩٨٨

تقدمهم الله برحمته آمين .

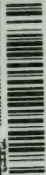
فهرس

الجزء السابع

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنفى

صفحة	صفحة
باب الربا ٣	باب كتاب القاضى إلى القاضى ٢٨٥
باب الحقوق ٤٠	فصل آخر ٢٩٧
باب الاستحقاق ٤٣	باب التحكيم ٣١٥
فصل فى بيع الفضولى ٥١	مسائل شتى من كتاب القضاء ٣٢١
باب السلم ٦٩	فصل فى القضاء بالمواريث ٣٣٩
مسائل مثورة ١١٨	فصل آخر ٣٥٨
كتاب الصرف ١٣٢	كتاب الشهادات ٣٦٤
كتاب الكفالة ١٦٢	فصل يتعلق بكيفية الأداء ومسوغه ٣٨٢
فصل فى الضمان ٢١٨	باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل ٣٩٧
باب كفالة الرجلين ٢٢٧	باب الاختلاف فى الشهادة ٤٣٠
باب كفالة العبد وعنه ٢٣٣	فصل فى الشهادة على الإرث ٤٥٦
كتاب الحوالة ٢٣٨	باب الشهادة على الشهادة ٤٦١
كتاب أدب القاضى ٢٥١	فصل ٤٧٤
فصل فى الحبس ٢٧٧	كتاب الرجوع عن الشهادة ٤٧٨
	كتاب الوكالة ٤٩٩

Bibliotheca Alexandrina



0597227